# DE VSV PRACTICO ACTIONVM BONAE FIDEI ET STRICTI IVRIS

DISPVTABIT

*PRAESIDE*

NICOL. HIERON. GVNDLINGIO

ICT. SERENISSIMO AC POTENTISSIMO BORVSSIAE REGI A CONSILIIS INTIMIS ET ECCLESIASTICIS IVRIVM PROFESSORE ORDINARIO h. t. DECANO

III NONAS OCTOBRIS CIↃIↃCCXXIV.

H. L. Q. C.

*PRO PRIVILEGIIS DOCTORIS*

CONSEQVENDIS

PHILIPPVS DANIEL ANDREAE

HERBORNA-NASSOVIVS.

*HALAE MAGDEBVRGICAE,*

TYPIS IOANNIS HENRICI GRVNERTI, ACAD. TYPOGR.

RECVSA MDCCXXXVI.

15 Bogen

Digitized by Google

Digitized by Google

# CONSPECTVS DISSERTATIONIS.

## Cap. I.

## Theoria actionum bonæ fidei & ſtricti iuris.

§. I. **A**B *omni contractu abeſſe mala fides debet, quæ opponitur dolo.* §. II. *Hic bona fides non ſolum excludit dolum, ſed inprimis ſtrictum, durum, directum: ita vt, quid ſit præſtandum vni ab altero, rite expendat iudex.* §. III. *Munus Prætoris ac iudicis.* §. IV. *Iudex factum circumſpiciebat.* §. V. *Interdum libere; idque explicatur.* §. VI. *Interdum adſtricte; quod itidem exponitur.* §. VII. *Formula:* fide bona. §. VIII. §. IX. *Cur ſtricti iuris actiones non appellentur malæ fidei?* §. X. *Iudex quare arbiter?* §. XI. *Non omnes actiones ex æquo & bono venientes ſunt bonæ fidei.* §. XII. *Vtut quædam illarum habent hanc qualitatem.* §. XIII. §. XIV. *Nec interpretatio ex bono & æquo arguit illico actionem bonæ fidei. Quod exemplis illuſtratur.* §. XV. *Æquitas opponitur verbis & litteris, item iuri.* §. XVI. *An Prætor ſemper inſerere formulæ debuerit:* bona fide? §. XVII. *Arbitrariæ actiones non ſunt bonæ fidei.* §. XVIII. §. XIX. §. XX. §. XXI. *Quod luculentius & per exempla docetur.* §. XXII. *Cauſſa, quare Romani aliquas actiones in claſſem bonæ fidei, aliquas in ſtricti iuris compegerint, difficile indagatu.* §. XXIII. *Plebs nouas cupiebat leges, metuebatque ſibi a Patriciis.* §. XXIV. *Qui formulas actionum excogitabant: quæ tamen minime efficiebant, vt vel contractus, vel actio fieret ſtricti iuris: quod latius oſtenditur. Habebant enim & bonæ fidei negotia ſuas formulas. Verum diſcrimen inter hæc duo iudicia.* §. XXV. *An omnes contractus primo iuris ſtricti?* §. XXVI. *Inhærebat plebs cum*

):( 2 *mul-*

Digitized by Google

*multis oratoribus* τῷ ῥητῷ: *aliqui æquitatem commendabant: donec temperamentum inualeſceret, vt quidam contractus bonæ fidei exiſtimarentur, aliqui ſtricti iuris manerent.* §. XXVII. *Argumenta pro ſtricti iuris contractibus.* §. XXVIII. *De mutuo nonnulla.* §. XXIX. *Argumenta pro contractibus bonæ fidei, atque inde manantibus actionibus.* §. XXX. *Formula in actionibus ſtrictis.* §. XXXI. *An dolo Romani ſint patrocinati?* §. XXXII. *Qui ab hac labe defenduntur: vtut populus pedetentim declinauit a bona fide.* §. XXXIII. *Hinc prætores contraiuere fraudibus. Aquilius actionem doli inuenit; Caſſius exceptionem.* §. XXXIV. *Qua in bonæ fidei negotiis opus haud erat. Formula in bonæ fidei actionibus.* §. XXXV. *Neutiquam tamen nomen contractuum & actionum bonæ fidei ab illa formula fluxit. Sed alia potius cauſſa magis veriſimilis e Tullio affertur: cuius locus ex lib. III. de officiis adductus exponitur clare & accurate.* §. XXXVI. *Quid iudicium ſine lege?* §. XXXVII. *Fecit philoſophia Stoicorum, vt latius propagaretur in contractibus bona fides. An omnia iudicia bonæ fidei potuerint effici? Reſpondetur diſtincte.* §. XXXVIII. *Nulla actio bonæ fidei dicenda, vel ſtricti iuris, niſi quæ profluat e contractu.* §. XXXIX. *Numerus actionum bonæ fidei a Iuſtiniano indicatus an accuratus?* §. XL. *Imperatoris mens declaratur. Cur actio finium regundorum non fuerit habita bonæ fidei?* §. XLI. *Difficultas circa hæreditatis petitionem: Iuſtiniani deciſio examinatur.* §. XLII. §. XLIII. *Eiuſdem factum perpenditur, dum actionem rei vxoriæ in illam, quæ eſt ex ſtipulatu tranſfudit.* §. XLIV. *Error ICtorum quorundam, numerum actionum bonæ fidei incertum manſiſſe exiſtimantium. Quare non omnes contractus innominati ſint bonæ fidei?* §. XLV. *Romani primario ad ſocietatem & mutuas præſtationes communi*

ni

Digitized by Google

*ni voto conſilioque intentas reſpexere.* §. XLVI. *In obligationibus certis non permiſere iudici libertatem arbitrandi: ſed præponebant incertas, vbi arbitrium foret neceſſarium.* §. XLVII. *An non contractus quidam innominati videantur potius vnilaterales?* §. XLVIII. *Quam ob rem æſtimatorius contractus bonæ fidei?* §. XLIX. *Effectus actionum bonæ fidei & ſtricti iuris deducuntur ex dictis.* §. L. *Ac cauſſa redditur quare (1) in ſtrictis vltra petita non proceſſerit Iudex.* §. LI. *(2) iurandum in litem non admiſſum?* §. LII. *(3) exceptiones bonæ fidei iudiciis inhæſerint, non autem ſtrictis?* §. LIII. *(4) illæ omni litis tempore opponi potuerint?* §. LIV. *(5) ob moram vſuræ inceperint cucurrerintque?* §. LV. *(6) actio tolleretur ipſo iure? Cuius phraſeos ſenſus explicatur dilucide.* § LVI. *Quædam de compenſatione ex veteri Iuriſprudentia & Iuſtinianea.* §. LVII. *Quæſtio expenditur, an adiecta ſtipulatione contractus bonæ fidei fuerint tranſfuſi in contractus ſtricti iuris, itemque litterales redacti in ſcripturam?* §. LVIII. *Hinc clare docetur, quare emptionibus venditionibus ceteriſque bonæ fidei contractibus appoſita ſtipulatio? Qui inde reſultauerint effectus?* §. LIX. *Emptio in ſcripturam traducta tam laxe & benigniter explicatur, ac ſi deeſſent litteræ. Vulteius laudatur.* §. LX. *Aliud, ſi nouandi animo ſtipulatione vſi ſint contrahentes: qui non præſumitur, ſed probatur.* §. L. 71. ff. pro ſocio *conſideratur. Immo ſæpe ob certum caput additur ſtipulatio; ac nihil accidit mutationis, ſed vinculum adiicitur vinculo. Laudatur Dominicus Auliſius, qui difficiles hoſce nodos feliciter expediuit.* §. LXI. *Cuiacii opinio confutatur, ob clauſulam* dolum malum abfuturum *ſtipulationes quoque, omneſque ſtricti iuris contractus ſeri bonæ fidei autumantis. Fundamentum erroris detegitur.* §. LXII. *Lex* Seia 42. ff. de mort. cauſſ. donationibus *in luce conſtituitur.*

## Cap. II.

# Vſus Practicus actionum bonæ fidei & ſtricti iuris nullus.

§. I. *Non eſt neceſſe, vt quia formulæ deſiere ſolennes, deſiiſſe etiam cenſeatur differentia actionum bonæ fidei & ſtricti iuris.* §. II. *Nec opus, vt ad ius canonicum prouocetur: de quo dubium, an ſuſtulerit ſæpe dictum diſcrimen.* §. III. §. IV. *Error doctorum differentiam hanc ex iure naturali neceſſario deducentium.* §. V. *Potius commentum hic inuenitur Quiritium. Quod copioſe probatur.* §. VI. *Noua ratio, quare mutuum ſtricti iuris voluerint Romani; itemque gratuitum.* §. VII. *Quod non eſt ſecundum ius rationis.* §. VIII. *quemadmodum diuiſiones contractuum Romanæ nequaquam ex iure gentium! ſed inde potiſſimum ortæ ſunt, quod pacta nuda non obligarent.* §. IX. *Laudantur Grotius, Puffendorffius, Thomaſius.* §. X. *Teutones rationis præſcriptionem hac parte ſequuntur. Nec Principes agnoſcunt ratione ſuorum contractuum illam differentiam bonæ fidei & ſtricti iuris.* §. XI. *Magiſtratus noſtri de iure & facto cognoſcunt: neſciunt Iudices pedaneos.* §. XII. *Iuſtinianus, vtut euanuere iudices pedanei, illud diſcrimen in iuris arte radicatum non ſuſtulit: Germani vero nunquam aliquid de illo audiuerunt, nec iſtud intellexerunt. Quod luculentius expenditur ac demonſtratur.* §. XIII. *Germani naturam ac mores ſuos non depoſuere vno momento. Ius Romanum non potuit vniuerſim cum rebus noſtris coniungi, aut inſtituta noſtra immutare.* §. XIV. *Ineptum eſt, dicere, actiones bonæ fidei & ſtricti iuris in vſu verſari, quas pauciſſimi ICtorum intelligunt, deque quibus grauiſſime altercantur.* §. XV. *Inconcinne loqui, qui hanc differentiam ſtatuunt per*

*con-*

Digitized by Google

*conſtitutiones Imperii abrogatam, quae nunquam fuit ac multo minus obtinuit; nudumque latus aduerſariis leguleios praebere.* §. XVI. *Adeoque cauſſam bonam male defendere. Vera cauſſa, cur in mutuo ob moram permiſſae vſurae? Rabularum impudentia repreſſa in receſſu* deputationis *a. 1600. atque aequitas ex more veteri reducta.* §. XVII. *Vnde in illa conſtitutione non inuenitur exceptio a regula.* §. XVIII. *neque a nobis ea propter lex imperii extenditur: quia plane ignotum Germanis fuit hocce Romanorum inuentum.* §. XIX. *Etiam Galli & Belgae iſtud non obſeruant. In nulla lege Germanica aliquid de iſto diſcrimine occurrit.* §. XX. *Ineptiae doctorum deteguntur, qui ius Quiritium pro vniuerſali iure venditant, & inſtituta Germanorum pro ſpeciali.* §. XXI. *Nunquam iſtud receptum eſt abſolute: manſere Teutonici mores. Ius ciuile commune dictum, antequam noſtri de eo cogitarunt. Ius Germanorum ſcriptum appellabatur:* conſuetudo: *& quare?* §. XXII. *Hinc minus appoſite, quae de conſuetudine tanquam iure non ſcripto afferuntur, huic quaeſtioni accommodantur.* §. XXIII. *Mutuum varia hodie pacta recipit, vnde actio naſcitur.* §. XXIV. *Apud nos exceptio doli obiicitur in ſtrictis iudiciis omni tempore etiam in ipſis executionis finibus: quod exemplo declaratur.* §. XXV. *Nec minus in illis iuratur in litem. Refelluntur diſſentientes.* §. XXVI. *Officium noſtrorum iudicum nobile eſt ſemper. Oſtenditur, quam non intelligant Practici naturam actionum bonae fidei & ſtricti iuris. Goſwinus ab Eſbach inſulſe Carpzouio obloquitur; & ad decreta doctorum diſſentientium prouocat; atque ex iis praxin vniuerſalem in Germania impugnat.* §. XXVII. *Reiicitur haec methodus, ſimulatque euincitur, eadem ratione defendi poſſe, apud Germanos, nullam vim obligandi pactis nudis ineſſe.* §. XXVIII.

*An*

*An ius Romanum ſit ipſa ratio? Vincentius Grauina notatur. Ioſias Simlerus laudatur. Vox Chindaſuindi Gothorum Regis.* §. XXIX. §. XXX. *Opinio vana Doctorum exiſtimantium, ius patrium non obtinere, quia aliter pronuntiarent ipſimet. Fruſtra in condictione indebiti Leguleii vſuras negant ob moram.* §. XXXI. *Fruſtra, in donationibus & contractu facio vt des: præſertim, cum ea negotia in foris noſtris conſiderentur vt pacta. Pacta ſua Germani nunquam in bonæ fidei & ſtricti iuris diuiſerunt: ignorant etiam illi pacta legitima.* §. XXXII. *Pudendum ſphalma, actionem quod metus cauſſa pertinuiſſe ad actiones bonæ fidei.* §. XXXIII. §. XXXIV. *ac multo maius, contractus ex metu initos adhuc conſiſtere, & reſcindendos, non autem ipſo iure nullos eſſe. Rationes ita ſomniantium ICtorum diſpelluntur.* §. XXXV. *Cauſſa Romanæ iuriſprudentiæ hac parte.* §. XXXVI. *Qui eam Germanis commendant, næuum illis obtrudunt: illuſtris Thomaſius defenditur; eiuſque doctrina de obligatione ex metu iure nullo vindicatur. Qua ratione ſit intelligenda enunciatio: Pacta per ſe non producunt obligationem in regno rationis.* §. XXXVII. *Teutones non indigent actione doli ſubſidiaria, aut prætoria.* §. XXXVIII. *Cambium non eſt contractus ſtricti iuris ſenſu Romano.* §. XXXIX. *Concluſio.*



Digitized by Google

DE
VSV PRACTICO

# ACTIONVM BONAE FIDEI ET STRICTI IVRIS.

## PROOEMIVM.

QVi de vſu practico actionum bonæ fidei & ſtricti iuris diſſerere cupit, is θεωρητικῶς primum comprehendat oportet, quid fuerit actio bonæ fidei, quid itidem ſtricti iuris, ne Andabatarum more repugnetur, multaque miſceantur, quæ non pertinent ad rhombum, ſed ſuis ſeorſum



Digitized by Google

collocanda ſunt locis. Quod vt obtineamus, faciendum eſt pro virili; ſed ita tamen, ne in tractatum excreſcant, quæ ſumus meditati.

## CAPVT I.

# THEORIA ACTIONVM BONAE FIDEI ET STRICTI IVRIS.

§. I.

ET verum eſt, omnibus in actionibus requiri bonam fidem; vnde inferendum potius, totam differentiam actionum bonæ fidei & ſtricti iuris videri commentitiam. Saltem ita reſcripſere Imperatores Diocletianus & Maximianus l. 4. *C. de V. O.* BONAM FIDEM *in contractibus conſiderari æquum eſt.* At de eo non eſt quæſtio. In adducta enim lege *bona fides* opponitur dolo, & fraudi; eſtque exploratum, ab omni conuentione & contractu dolum abeſſe debere. Ex quo conſit, FIDEM BONAM hoc loco aliud ſonare, hoc eſt, nec fraudi opponi, nec aſtutiæ.

§. II.

Potius *bona fides*, excludit ſtrictum, durum, directum, aſperum, ſimplex, quod nunquam quidquam cedit, nec alteri plus concedit, quam eſt nuncupatum verbis, expreſſum litteris, aut ex facto præſtitum præſtandumque rurſus. Vnde altius repetenda res.

§. III.

§. III.

Prætor apud Romanos cauſſas ipſemet non iudicabat, ſed judices petentibus dabat, ſimulatque actiones largiebatur & exceptiones: quod ſignificat ſane, eum reſpondiſſe de iure, nempe, an qui petebat, agere poſſit, quomodo, quo tempore? item, an reo ſit permittenda exceptio, quam aduerſus actorem poſtulabat? De hoc in iure, id eſt, apud Prætorem & pro ipſius tribunali diſceptabant partes præſentes. Quæ res fecit, vt ius iudiciumque deſcribantur tanquam diuerſa: quoniam in poſtremo de facto ſolum diſputabatur, quod vnus negabat, alter adfirmabat; de iure vero nulla amplius erat ſignata contentio. Poſſet hoc explicari e multis Ciceronianis locis, niſi otium hac parte nobis feciſſent Iurisconſulti humaniores fere omnes, Briſſonius, Hottomannus, inque primis Ioſephus Aucrani *Interpret. Iur. Lib. I, cap. XIV, n. 29.*

§. IV.

Factum circumſpicitur vel liberius, vel adſtrictius. Habet enim vnumquodque negotium ſuam naturam vel ex lege, vel definitione partium expreſſa.

§. V.

Qui libere iudicat, integra geſta & actitata, ſimulatque æquitatem ante oculos habet conſtitutam, non meram legem, non verba directa & ſimplicia: eoque laxat habenas ingenio in æquitatem prono, ſententiamque fert, non prout lex ſuadet, aut iuſtitia, aut in verbis litteriſque conſiſtens obligatio, ſed prout eum humanitas impellit, variarumque περιστάσεων conſideratio in regno rationis liberrimo poſitum inclinat. Igitur

bona fide iudicat, id eſt, plene, exacte, accurate nullis incluſus cancellis a prætore, exceptioneſque REI ex ipſa actionis natura atque contractus elicit, & fulcit; ſicuti & ACTORI auxilio venit, non ex formula ſola, ſed ex natura negotii & actis, quoad æquius & melius.

§. VI.

Quod vti nullo negotio intelligitur; ita viciſſim ſtricte iudicat, qui fines verborum ſimplicium egredi non audet, ac ne latum quidem vnguem a vocum ſono recedit, aſpera licet omnia ſint, ſeque dolus immiſceat, aut metus interueniat, aut pacta adiecta obſeruentur: niſi quidem Prætor tanquam ex machina adueniat, & imploratus exceptiones impertiat, quas per ſe nec dat iudex, nec vlla ratione reſpicit.

§. VII.

Et ita vero formulam FIDE BONA eſſe exponendam, varia apud veteres auctores loca perſuadent, quæ apud Florum, Quintilianum, Petronium, Senecam extant, atque in vnum collecta ſunt a Iacobo Perizonio, (*) Petro Burmanno, (**) J. Freinſhemio, (†) Carolo Andrea Duckero (††) viris clariſſimis.

§. VIII.

Cuius generis obſeruationibus præmiſſis variæ Doctorum quæſtionis concidunt. Nunc enim inepte rogatur, quare actionibus bonæ fidei non opponantur actio-

(*) in animaduerſionibus ad Sanctii Mineruam.
(**) ad cap. XII. Petronii & ad Quintil declam. XII.
(†) in indice ad Florum.
(††) in comment. ad Flor. Lib. II. cap. I. n. 1.

actiones male fidei? num omnes actiones ex æquo & bono deſcendentes ad claſſem actionum bonæ fidei pertineant? An nulla ſit eius commatis, niſi Prætor in formula ſcripſerit dixeritque FIDE BONA? An arbitrariæ iis omnino ſimiles ſint? an diſtinguendæ ab iſtis?

§. IX.

Quippe monitum ſupra, non eam fuiſſe iurium auctoribus mentem, vt bonam fidem in iudiciis & contractibus diſpiciendis ſic diſtinguerent a fraude & mala fide. Tota potius nominis ratio ad libertatem iudicis referenda eſt, cuius arbitrio relinquuntur plura, quæ verbis & facto nude inſpectis, non ſunt determinata ac fixa: immo ſupplet ille, quæ videntur omiſſa, adeoque accurate vniuerſa ponderat, & æſtimat, atque ex æquo & latere vtroque arbitratur.

§. X.

Inde enim eſt, quod iudex *arbiter* dicitur, ac talia bonæ fidei iudicia arbitriorum & arbitrariarum actionum nomen ferunt: quod Franciſcus Hottomannus paſſim ex Cicerone probat in comment. ad Orationem *pro Quintio cap. III.* vbi actio pro ſocio *arbitrium pro ſocio* nuncupatur. Et hæc libera iudicia Iuriſconſulti demum actiones bonæ fidei frequentius nominarunt, quia ad æquum bonumue oculos conuertebat iudex, non ſolum nihil fraudis admittendo, ſed quid VNVSQVISQVE contrahentium præſtari ſibi voluerit, luculenter expendendo.

§. XI.

Ex quo iterum elucet, non illico ea iudicia videri bonæ fidei, quæ ex æquo & bono deſcenduut. Multæ

actiones ex æquo & bono ortum ſuum habent, nec tamen iſtud elogium ferunt. Pleræque, quas inuenere paſſim Prætores, ex æquitatis latifundiis profluxere; & ineptus interea foret, qui actiones Prætorias tali appellatione cenſeret notandas. Vix enim in cauſſam efficientem hic aciem ingenii intendimus, ſed in finem & exitum, quem conſiderat iudex, dum *fide bona* accurate, & ſapienti arbitrio pronuntiat, nec verba ſtricta duntaxat legumque & vocum rigorem ſectatur; eratque magni iudicii ac prudentiæ, in hiſce tenere modum, atque euitare frequenter occurſantia extrema: NIMIVM ET PARVM.

## §. XII.

Interea vero nemo negat, potuiſſe actionem oriri ex æquo & bono; ſimulatque ratione fines & exitus eſſe bonæ fidei. Sumatur de re vxoria actio, & vtrumque animaduertetur; ſicuti viciſſim conditio indebiti æquum pro fundamento habet, vtut ſtricti ſemper iuris fuit, manſitque.

## §. XIII.

Nec pretereundum, fallere illos & falli, qui interpretationem ex æquo & bono (*) iudiciis bonæ fidei veluti

(*) Æqui bonique voces hac in materia turbas dant. Ex æquo interpretari ſignificat plene interpretari & interdum plús quam plene. Nemo dixerit, ſtipulationes non eſſe exponendas plene; ſed plus quam plene interpretaretur, qui quod in illis κατὰ τὸ ῥητὸν non inuenitur, adderet, aut detraheret. Poſtremum in liberaliori iudicio locum habet: prius in omnibus negotiis,

veluti mancipio addicunt. Vtraque iſtam participant; diuerſiſſimam vtut retinentes naturam. Quod tanto magis imprimendum memoriæ, quanto plures inueniuntur inepte & ſuperbiſſime ſimul ad hunc ſcopulum allidentes. Quis enim dixerit contractus ſtricti iuris exponendos eſſe inique, aut carptim abſciſſeque? Sunt illi vtique plene interpretandi, & bona fide ac ſine fraude & ſecundum æquitatem iuſto examine trutinandi: at in eo verſatur κρινόμενον, an quod in iis non deprehenditur, nec verbis expreſſum, nec litteris conſignatum cerni-

tiis, & enunciationibus. Deinde æquitas fraudi opponitur. In omni interpretatione fraus exulat. Quin ſinguli libelli non reſpuunt interpretationem æquam & rei conuenientem, hoc eſt, vt, quid petatur, quidue condicatur conſideret iudex. Sed ceſſat in adſtrictis iudiciis διάνοια, puta, ratiocinatio propria, circumſpiciens omnia & ſingula, quæ ſibi præſtari voluerunt partes, vtut nec verbis expreſſere, nec facto, & tacite, quoad ſatis, indicarunt. Vnde qui bona fide iudicat, nec verba ſola, nec factum merum contuetur, ſed actitata ex vtraque parte, & propoſitum contrahentium. Geſta vero & actitata non includunt merum factum, quantumuis ex factis & verbis quoque, & natura contractuum ſimul id, quod ſui eſt officii, obſeruent iudices, caueantque prudenter, ne omiſſa noceant, nec, quæ ſunt expreſſa, conuentionum naturæ repugnent. Idque eſt reſpicere actitata: quod plus continet, quam contemplari verba, & factum: quanquam & hæc non negliguntur; & cogitata interea, & quæ commode atque in vſu rerum cogitari ſolent & mos atque conſuetudo ſic contrahentium ſecum fert, expenduntur.

Digitized by Google

cernitur, nec alioquin principaliter & primo obtutu in contractibus animo intenditur, ſupplendum ſit ex æquo & vtrinque adiiciendum bona fide, adiudicandum *omnino*, tribuendumque partibus, poſt varias viſiones & dimenſiones, competenter? Rem vno alteroue exemplo declarabimus. Eſt numerata pecunia ex menſa, an domo, parum intereſt. Nihil adiectum de vſuris; quid? quod abeſſe fingas ſtipulationem de illis ſoluendis: adiicias, in mora eſſe debitorem: nec enim ille ſoluit condicto die: tergiuerſatur, ac ſe quoque condictione certi patitur compelli ad diſſoluenda nomina. Non eſt dubium, quin iudex tanquam vir ſapiens percipiat bene, debitorem admodum agere iniuſte. Fac amplius, creditorem facere damnum; aut ſaltem multis priuari compendiis: quod nunc erit iudicis officium? an pronuntiabit de vſuris? an de eo, quod intereſt arbitrabitur? Et non putem. Mutuum, dicet, eſt gratuitum ſua natura, more, legeque Romana. Iura, perget, ſunt vigilantibus ſcripta. Qui vſurarum compendia anhelat, ſtipuletur illa ſibi, ac ſolenni carmine faciat promitti. Quin vix erit ſatis, pacto creditorem ſibi proſpexiſſe. In mutuo non latent vſuræ: pacta non inſunt illi: ac creditum, quia gratuitum, vix admittit pactionem quæ ſubruat gratuitum; ne dicam, pacta non obligare. Quocirca alio remedio opus erit, quod eſt adhibendum ſeorſum. In hoc ſtipulatio eſt prodita. Stipulatio deeſt, nec apparet. Ergo vſuras negligit Iudex. Habet ille ſolam mutui naturam ante oculos conſtitutam. Non auſcultat is creditoris querimoniis multa de æquitate continentibus, varia de iniquitate, de damno ſibi illato,

de

de lucro intercepto complectentibus. Solum ille de quantitate numerata ſententiam fert: cetera omittit, etſi perſpicue intelligit, non fore iniquum, ſi & perſoluerentur ob moram vſuræ, creditorque accipiat fructus ciuiles in ſolatium & redhoſtimentum illius, quod amiſit, quodue acquirere ob debitoris moram ac obſtinationem eſt impeditus. Quod etſi aſperum, directum, & quodammodo ſimplex; ita eſt tamen, ita fuit, vt ne vſuræ deberentur, niſi in ſtipulationem deductæ. Neque enim illæ in ſtricta mutui forma inſunt, ac pactum adiectum ex interuallo potius appoſitum cenſetur, nec tanquam explicatio contractus conſiderari poteſt, aut declaratio, quia tale emolumentum non continet; idque intuitu contractus initi certo determinatum neutiquam inuenitur, ſed iudicis demum officio certum fieri debet: quod repugnat ſtrictæ mutui figuræ; adeoque cum nec in ipſa natura mutui inueniat vſuram, dum petitur certum, quid, quantum & quale; nec pactio, ſicuti monitum, ex interuallo inprimis addita, obligationem inducat; idcirco ſtipulatio vtramque paginam conficiet, quæ per ſe conſiſtit, &, citra quantitatem acceptam præſtitamque, expendenda eſt ſeorſum.

## § XIV.

E contrario quando emptio & venditio celebrata dicitur, multa ſane non exprimuntur verbis: quæ interea in propoſito contrahentium latitant. Non poteſt emptor re vendita frui, atque pretium non ſoluere. Sin igitur moras nectat, repenſet neceſſe eſt per vſuras, quod ex condicto non præſtitit. Mutua hic præ-



Digitized by Google

ſtatio occurrit animo & voto contrahentium comprehenſa initio. Qui emit, aliquid pro pecunia ſua expoſcit, quod ſibi arrideat magis, quam conuenta pretii ſumma: ſicut viciſſim pretium enixius deſideratur à venditore, quam res venalis. Nunc ſtatue, euinci rem emptam: de euictione ſilet contractus formula; & facile comprehenditur, iudicem eo oculos ſuos dirigere omniaque ad æquitatis amuſſim exigere; quia nemo paciſcentium æquius atque melius excluſit, ſed emergentia συμβεβηκότα & præſtationes mutuo conſilio ſpectatas haud dubie iudicantium arbitrio reliquit vterque. Quod ſane eſt non nuda, & verba ſimplicia circumſpicere, aut factum in tranſcurſu contueri, ſed acta & geſta integra accuratiſſime & ex æquo ponderare.

## §. XV.

Cuiuſmodi liberum iudicium propterea *æquitatem*, aut *æquum bonumque* appellauere Romani veteres, quod verbis & litteris opponatur. Vnde ſcriptum ſequi *calumniatoris* eſſe Cicero in oratione *pro Cæcinna* ait, BONIQVE IVDICIS, *voluntatem ſcriptoris auctoritatemque defendere*. Vnde vix mirum, hanc æquitatem dictam *fidem bonam*, quæ ipſa eſt ratio naturalis aliterque iudicat, quam homines arbitrantur ſimplices, aſperi & directi; ſed potius *ſincere*, prorſus ac Cæſar Lib. VII. de *B. G. c. 20.* dixit, *ſincere* pronuntiare, reuera & ex animi ſententia, *cordate* & *plene ex officio*, nec parum *prudenter*, ſed *diligenter*, nullius iuſtiore voto neglecto. Non addam plura, niſi hunc e Quintiliano locum *Inſtit. Orat. Lib. X. cap. 3. p. 935.* ed. *Bur-*

*Burmann.* qui maxime ad rem noſtram facit: *Neque enim ſe* BONA FIDE *in multa ſimul intendere animus totum poteſt, & quocunque reſpexerit, deſinit intueri, quod propoſitum erat.* Plura dabit doctiſſimus Petrus Faber *Semeſtr. Lib. I. cap. 24. p. 160. ſ.*

§. XVI.

Ex quo pateſit, Prætorem in hiſce iudiciis dandis non male inſeruiſſe formulæ: BONA FIDE: dummodo ne credas, vbi illam omiſiſſet, ſtricti iuris euaſiſſe actionem. Vix enim ille lubidini ita indulgebat ſuæ, nec, ſi indulſiſſet, Iudex, credo, peccaſſet, ſi ex bona fide, vti erat res ac poſtulabat æquitas, præter verba & ſcripturam pronuntiaſſet large, & explanatius eſſet arbitratus.

§. XVII.

Dico ARBITRATVS. Igitur perquiſitio eſt facienda, an arbitraria actio & bonæ fidei iudicium conuenerint penitus? Sunt enim, qui ſic argutantur, & ſumma imis miſcent. At enim vero veritati congruit, omnem actionem bonæ fidei continere arbitrium, eoque recte appellari arbitrariam; nequaquam tamen adfirmandum inuicem, arbitrarium iudicium omne eſſe ſimul bonæ fidei. Diſcrimen in eo potiſſimum verſatur, quod actio bonæ fidei ſtatim ſit talis a principio, intellige, quamprimum naſcitur; cum viciſſim reliquæ, quæ ſpeciatim *arbitrariæ* dicuntur, ex poſt facto demum arbitrium admittant, neque ſemper hanc qualitatem adſumant, niſi dolus, aut contumacia REI interuenerit, aut ACTOR aliam actionem locumue elegerit, vbi Iudicem arbitrari ſane neceſſe eſt, quemadmodum ex æquo & bono

ſatisfieri oporteat certantibus. Eſt hæc celeberrimi Bituricenſis ICti FRANCISCI BROEI acuta obſeruatio ad §. 28. *J. de Actionibus.*

## §. XVIII.

Vnde inualuiſſe inter Doctores opinio videtur, quaſdam actiones ex interuallo fieri bonæ fidei. Quæ locutio ita intelligi debet, vt ne exiſtimetur, ſtrictæ poteſtatis iudicia tranſire in bonæ fidei negotia, eorumque induere naturam. Accidit hoc potius & ad contingentia refertur, vt ARBITRIO in ſtricti iuris negotiis feneſtra aperiatur, in rem ſint, an perſonam? Bonæ fidei iudicia vero ſemper in perſonam ſunt, nunquam in rem. Arbitrariæ actiones etiam in rem ſunt, quin aliquæ ex poſſeſſione, vel quaſi poſſeſſione oriuntur: quædam in perſonam, vt actio de dolo, & de eo, quod certo loco. Immo quædam in rem non ſunt, nec ſimpliciter in perſonam, ſed in rem ſcriptæ, vt actio quod metus cauſſa, & ad exhibendum; ſicque alia eſt conditio arbitrariarum, quam bonæ fidei, partim ratione *iuris*, partim ratione *originis* & *initii*, ac partim denique ratione *ſubſtantiæ*, itemque *qualitatis*, quæ eſt ſæpe aduentitia.

## §. XIX.

Ad cuius rei meliorem intellectum, fac comparemus actiones arbitrarias cum bonæ fidei ſumamuſque hoc exemplum: *Primus* vendidit *Titio* emptori C. amphoras vini certo loco tradendas. Non venit in locum conuentum *Primus*. Itaque agit *Titius* emptor, agit ex ipſo contractu emptionis & venditionis. Hæc actio non eſt ſtricte loquendo *arbitraria*, ſed *bonæ* fidei, vtpo-

te

te ipſo iure competens illi, cuius intereſt, rem eo loco non fuiſſe præſtitam. Aquilius Iudex bona fide & plene & circumſpecte iudicat ac ſuo fungitur officio. Non eſt neceſſe, vt interueniat vox Prætoris, vel auxiliares manus actori porrigat honorificus Magiſtratus, aut condat edictum, & ſubueniat ex æquitate, quæ vel nondum, vel in albo erat ſignificata. Suppeditat mutuum, immo potius emptoris ac venditoris conſilium propoſitumque commune Iudici ſat argumenti, quare circumſpiciat, quid interſit emptoris, contractum eo loco non inueniſſe complementum; quin nec ita ille auertet a venditore oculos, vt ne huius quoque vtilitatem habeat penſi, cum vtriuſque hic verſetur commodum, ac mutua vtilitas.

## §. XX.

Sed verte ſtilum & rem certo loco traditum iri ex ſtipulatione fingas. Non fit, quod eſt promiſſum. Et exploratum habeo, haudquaquam per ſe æquitati locum futurum. Æquitas extra ſtipulationem eſt: *bona fides* & longa illa circumſpectio iudici non eſt indulta lege. Igitur Prætoris ſubſidio indiget actor, indiget quoque ex parte reus, nec prius ex animi ſententia ad æquum bonumque peruidendum appellat animum ingeniumque iudex, quam iubebit, aut edixiſſe fingetur Prætor. Et ita vero arbitraria demum ex poſtfacto orietur actio. Vltimum hoc refugium eſt, ac, licet bona fide iudicetur, nequaquam tamen bonæ fidei aderit iudicium vere & proprie tale in ipſa natura contractus & incunabulis eius latitans, ſed aliunde proficiſcens, atque ex Prætoris ore auctoritateque permanans,



Digitized by Google

qui ſæpe obliquat ſinus, & a directo, argumentis ſat validis commodus, recedit. Iudex non recedit, quia in emptione & venditione nihil eſt aſperi, nihil ſtricti, nihil verborum litterarumque tendiculis aut ſimplici facto alligatum: cum facultatem inſpiciendi acta & geſta arbitrio ſuo habeat, & mutuum propoſitum ex more & lege contueatur, ac neutrum ſine altero examinet; quare potius hoc loco eſt, quod *accedat*, quam quod a verbis *recedat*.

## §. XXI.

Addo ex merito, arbitrarias actiones non ſemper illam aduentitiam qualitatem recipere, ſi pareat reus, atque ipſemet, quod ſui eſt officii, faciat. Vix enim in quadruplum condemnabitur metum atrocem inferens, ſi reſtituat excuſſum violenter, ac reddat expreſſum maligne; ſin contra, arbitrabitur profecto iudex, quadruplum debere reſtitui, tum ratione rei, tum ratione fructuum. Quibus attentis, vix certe opus erit, vt dicas, actiones arbitrarias magis eſſe bonæ fidei, quam quæ tale nomen per ſe gerunt. Subſidiariæ potius iſtæ ſunt, & Prætoris auctoritati innixæ, venientes ex interuallo, nec innatæ contractibus, ſed illatæ aliunde, pullulantes ex edicto & ingenio prætoris, non iudicantis; qui viciſſim in bonæ fidei iudiciis per lineamenta ingenii ſui totum opus nectit, ex quo nihil ſubduci ſine ruina poteſt. Adeo tota inſpicit, tota tractat, & ex animi ſententia vere & prudenter huc atque illuc animum verſans decidit. Plura non ſubiicio. Sapienti ſat!

§. XXII.

§. XXII.

At hic Rhodus, hic ſaltus! Quid enim impulit, quæres haud dubie, Iuriſprudentiæ Romanæ architectos, vt has in bonæ fidei, alias in ſtricti iuris actionum circulos compingerent? Qui parum meditantur, legem, aiunt, ita ſcriptam, nec omnium dari poſſe rationem ingeminant. Ego vero aliter componere res meas ſoleo, nec qua itur, ſed qua eundum ſpecto, multo minus Harpocratis ſilentium hoc loco cenſeo affectandum. Alii multa mouent, plura fingunt, plurima conuaſant, nec qua ſubſiſtendum, intelligunt. Vnde poſt habitis, quæ paſſim feruntur in medium, ſic rationes ſubduco, opinorque.

§. XXIII.

Etenim Romani primum ſimplices erant parumper, & aſperi, quod eis adhæreret ſemper aliquid ex illa colluuie diuerſarum nationum in vnum aſylum confluentium. Ac quamuis nonnihil culturæ accederet ſub Regibus, ac populus adoleſceret; fecit tamen regia manus, qua paullo licentius ac durius premebantur, vt Regibus expulſis in nouam Rempublicam tranſirent, Patrum nomine penes Nobiles reſidente, quibus infeſta reddebatur plebs, variis ſuſpicionibus agitata, ne in nouam ſeruitutem redigeretur ſub ſpecioſo libertatis obtentu. Quocirca nouas hæcce leges cupiebat, vtpote incerto iure regnata. Cuius voti etſi particeps fiebat, leges tamen erant peregrinæ, cum parum fiduciæ collocaret in Magiſtratibus ſuis, ſicque exteros iis cenſeret quodammodo præferendos. Vbi vero lex, ibi actio; recteque rationes ineunt, qui actionibus

non

non fuiſſe deſtitutos credunt (*) Quirites, vtut formas actionum nondum haberent ſolennes, quas vocabant *legis actiones*.

§. XXIV.

Cum his caue confundas actiones ſtricti iuris. Non eſt fere actio bonæ fidei, quæ ſuam non habuiſſet formulam. Ipſæ emptiones & venditiones Iuriſconſultorum interuentu ſuſcipiebantur, ſique filia elocanda, ac dos dicenda illi conſulti, monente iam Cicerone Lib. I. *de Oratore* c. 56. Quare ſi omnes formulariæ actiones ſtricti fuiſſent iuris, nulla ſane bonæ fidei foret vnquam. Formulæ artificium ſpirabant; ſtrictum ius rude erat, directum, ſine ingenio, & fide bona, hoc eſt, æquitate, ſupplente, quod deeſt, diminuente, quod ſuperat. Quin nec efficiebat exquiſitiſſima actionis figura, verborumque antiquorum & ſolennium delectus, vt ne iudex ſuo officio fungeretur, ſi res ferret, ac mite & moderatum poſceret. Quod in errorem contra euntes induxit, hoc eſt. Animaduerterunt, in ſtrictis iudiciis Iudicem includi formulæ: igitur formularios contractus putarunt ſtricti iuris. Atat formula non ſemper ſonat illud ſolenne. Formulæ omnes actiones vocabantur; quid? quod ipſi libelli ſpeciem futuræ litis demonſtrantes. Cognoſcere formulam eſt cognoſcere actionem. Ergo dum Seneca *Lib. I. de Benef. cap.* VII. FORMVLAE INCLVDI iudicem ſcribit, nequaquam eum ſyllabarum aucupio & vocum cantui addictum,

(*) v. Schubartus *de fatis Iuriſprudentiæ Romanæ* p. 333. ſ.

ctum putat, ſed potius ad verba formulæ directa adſtrictum: quod in bonæ fidei iudiciis non eſt, quamuis verborum catenis tendiculiſque non deſtituantur. Libera quippe Iudici & nullis alligata vinculis religio relinquitur, vniuerſaque ipſius prudentiæ committuntur. Poteſt aliquid detrahere, aliquid adiicere, & ſententiam ſuam, non prout lex, & ſummum ius, ſed humanitas & paciſcentium intentio flagitat, regere. Itaque regit, non regitur: libera voluntas dominatur, non ſeruit; ſecundum *formulæ* contenta iudicat prouide, non *ſub formula*: incerta determinat, nec de *certa duntaxat* pecunia pronuntiat. Quamobrem *arbiter* dicitur, non *iudex*. Solennes verborum cantus partes adhibebant, quibus includebant petita. Ad hæc reſpicere cogebatur Iudex, cum ſi bona fides locum inueniebat, tum ſi ius ſtrictum. Solum id intererat, vt in hiſce iudiciis vltra petita non procederet, in illis pro re nata aliquid adiiceret, aliquid demeret. Ex quo intelligitur, quid ſit apud Ciceronem pro *Roſcio Comœdo c. IV. deberi ad libellam.* Nullus hic teruncius addebatur. Stipulatio norma erat: conuentum, nuncupatumque præſtabatur, ac præſtandum iniungebatur. Ne latum vnguem quidem recedebat Iudex a petito bene interea intellecto; amittebatque actor aut totam litem, aut obtinebat. In altera vero ſpecie neque nihil conſequebatur, neque tantum ſæpius, quantum petitum, neque minus rurſum, quam quantum æquius melius. In primo nullum ingenium ſingulare deſiderabatur: in poſtremo magna prudentia opus erat. Iſtud ſimplex videbatur, hoc prouidentia & æqui-



Digitized by Google

tate plenum, nec lege, nec verbis, nec litteris, nec certa præſtatione fixum terminatumque.

§. XXV.

Qua ratione propius ad veritatem nos confidimus acceſſuros. Quam diu enim Romani allium olebant ac cepas, acumine minus pollentes, verba illi & τὸ ῥητὸν vrgebant: æquitatem vero, quæ voluntatis omnes coniecturas liberaliori interpretatione admittit, nihili fere faciebant, a ſummo iure diſcedere nolentes. Quare haud male exiſtimat Weſenbecius, fuiſſe, qui contractus omnes cuperent ſtrictos, indeque profluentes actiones iuris ſtricti. Nec eſt inficiandum, paucos initio patrocinium æquitatis ſuſcepiſſe, plures defenſionem verborum & iuſtitiæ; donec tandem medium placeret, vt nec omne ius ſtrictum pelleretur foro, nec quoque bona fides, hoc eſt, plenioris interpretationis æquitas penitus negligeretur.

§. XXVI.

Inprimis autem plebeii timebant homines, ne ſi τὸ ῥητὸν negligerent iudices, incertum haberent ius, & ab eorum arbitriis penderent fortunæ ſuæ omnes. Propterea, inquiebant, ſcribi ius, idque circo contrahi, vt, quod dictum ſcriptumue, ſeruaretur; quod vero eſſet neglectum, negligeretur: expreſſa prodeſſe, non expreſſa nocere. Saltem talia in Ciceronis libello *de Oratore* leguntur, occurruntque veluti in aperto campo liberæ Romanorum diſputationes, in vtramque partem, puta, vt alter ex æquitate, alter rurſum ex iuſtitia & iure controuerſas quæſtiones decideret, donec tandem vſu inualeſceret, vt in contractibus cum maxime partim angu-

Digitized by Google

anguſta verborum & factorum forma placeret, partim iudicibus laxarentur habenæ, qui actitata inſpicerent, & propoſitum in vnum conuenientium curatius penſitarent.

## §. XXVII.

Vnde hæ Iuriſperitorum rationes ſunt auditæ. Qui verbis contrahit, in illa compingat animi ſui ſenſa, quodue præter illa eſt, alienum cenſeatur, aque contractu ac ſtipulatione remodum. Qui litteris obligare ſeſe, aut alterum cupit, in litteris exprimat, quæ ſibi vtilia, ac neceſſaria. Extra has nihil adtendatur amplius. Nemo iudicum contempletur pactum, quod extra contractus ſchema occurrit. Ad illa ne dignetur quidem reſpicere, quæ non ſunt ſignate expoſita; quoniam exponere potuit, & voluiſſe exprimere præſumitur, qui ſtipulatur, ac per litteras obligari, alterumque deſiderat obligatum. Si quid omiſit, ſuo malo omiſiſſe credatur. Nemo eum, vt ſcriberet, aut ſolenniter ſtipularetur, & reſponderet, impulit, aut coegit: ergo quoque nihil detrahatur, nec apponatur. Iuſtitiæ eſt, ſtare verbis, iuſtitiæ ſtare litteris: hic τὸ ῥητὸν, ſimplex, vniforme, quod æquitatis tractatum reſpuit, non ſine cauſſa vrgeri. vid. Cl. Menardus ad orat pro *Roſcio Comœdo cap. 4. p. 233.*

## §. XXVIII.

Ac quamlibet in mutuo nec verba requirantur ſolennia, nec ſtipulatio, nec litteræ per ſe; nemo tamen neſcit, mutuum fieri certum per numerationem, appenſionem, admenſurationem. Quantitas rei ad vſum cum abuſu conceſſa in puncto conſiſtit; nec plus, nec minus

nus eſt reddendum. Non hoc, quia donare nemo præſumitur, quando mutuum dat. Non plus, quia gratis conceditur rei fungibilis vſus. Mora extra mutuum eſt. Qui pecuniam fœnori dari ſtatuit, habet, vnde deſiderium expleat, & compendiis ſuis proſpiciat. Mutuum ipſum eo non pertinet. Omiſſum nocet. Noceat igitur, cogitet iudex: immo ita iubetur cogitare. Qui moras nectit, compellatur remediis, quæ ſuppeditat iuſtitia. Æquitas extra formulam eſt & negotium mutui, vtpote in quo nullæ præſtationes vltro occurrunt citroque, eoque in verbis, litteris, ac natura contractus conſiſtitur.

§. XXIX.

Verum in contractibus, vbi mutuæ præſtationes vtrinque ex conſilio flagitantur, vbi verba nuda omni forma deſtituta occurrunt, vbi fiducia, amicitia, mutua indigentia pro fundamento eſt, vbi proportio minimum geometrica mente depingitur, nec ob amicitiam, quæ præponitur, ita omnia ad viuum exprimuntur, nec ob breue ſæpe temporis ſpatium, & feſtinationem exprimi commode queunt, ingenio ſuo, cum ad actionem deuenitur, indulgeat iudex, quia partium voluntate incerta relicta ſunt plura, ad certum redigenda interea, ſi trutinentur cum cura, quæ, ſi ſumma induſtria omnia perpendiſſent partes, expreſſiſſent haud dubie ipſæmet; indeque eſt quod bonæ fidei iudicium dicatur *pecuniæ incertæ*.

§. XXX.

In ſtrictis formis vaneſcit hæc præſumtio, quia ſcriptis ſunt vſi verbis, aut ſaltem ad regulam compoſitis,

ſitis & expreſſis, quam indicat ius; eoque ſummo iure vti diiudicarique negotia voluiſſe ſua, haud vana capitur coniectura. Quidquid in iis paret, aut apparet, ad id vnuſquiſque obſtringitur & condemnatur. Hinc formula Prætoris: SI PARET CONDEMNA. Quod non cernitur clare, pro non ſcripto, aut non nuncupato habetur. Hinc iudicium hoc eſt *pecuniæ certæ*.

## §. XXXI.

Noli dicas: Sic malitiæ ac dolo feneſtram eſſe apertam; ac ſimulationi, diſſimulationi, & circumuentionibus locum tribui, etiam cum ſtipulatio intercedit, cum litteræ interueniunt, cum mutuum initur, cum omne ſtudium ac diligentia adhibetur; minimeque incognita peritioribus eſſe, quæ ex Horatii manauerint vena *Sermon. Lib. II, eclog. 3. v. 69.*

*Scribe decem a Nerio: non eſt ſatis: adde Cicutæ*
*Nodoſi tabulas, centum mille adde catenas;*
*Effugiet tamen hæc ſceleratus vincula Proteus.*
*Cum rapies in ius malis ridentem alienis;*
*Fiet aper, modo auis, modo ſaxum, & , cum volet, arbor.*

## §. XXXII.

Haud temere etenim animaduerto, voluiſſe Quirites a primis reipublicæ incunabulis, ne ſui vlla ratione a fide deſciſcerent. Id Fauorinus Philoſophus apud *Gellium* in defenſionem legum patriarum adtulit, nullum peius in

Romana ciuitate facinus habitum, quam in quotidiana vita atque officiorum vicibus alium fallere. Nec latet, Numam Regem ad religioſum cultum fidei nomen tranſtuliſſe, eique templum dedicaſſe. Ita enim ſperabat fore, vt per ſpiramenta temporum ciues ſui magis ac bona fide miteſcerent, nec impia fraus, malitiæque ac litium perpetuus fomes totam vrbem peruaderet. Non adſcribamus Dionyſii Halicarnaſſei verba in *libris Antiquitatum* paſſim obuia, in quibus iuriſiurandi ſanctioris loco FIDEM Romanis habitam indicatur. Ab iſta veneratione vero multos declinaſſe demirari deſinent, qui damnoſum omnia imminuere diem intelligunt, & progeniem fieri vitioſiorem, probe percipiunt. Proinde nihil noui dicitur, quando ſtricti iuris contractibus abuſos quam plurimos pronunciatur; cum ſane ius non fuerit in cauſſa, ſed nequior poſteritas a veterum more & diſciplina ſeſe auellens. Ius enim Quiritium non merum ius eſt naturæ ac gentium: haud pauca e ſtatu Reipublicæ & animorum diuerſis motibus atque vtilitatum præſentibus rationibus profluxere, item a ſuſpicionibus, vtut ſæpe male cohærentibus, a diſputatione fori atque Oratorum argumentis plebem hac atque illac impellentium; vſque dum diuiſio contractuum bonæ fidei & ſtricti iuris ob munus Prætoris & iudicis diſtinctum in conſuetudinem iret, vt ex parte Reipublicæ malis medela adferretur. A qua differentia varia ſunt repetenda, quæ nunc parum intelligentibus παράδοξα videntur.

§. XXXIII.

Digitized by Google

## §. XXXIII.

Quo loco tamen vix omittendum, etiam Romanos inque primis Prætores in peius eunti mori obicem poſuiſſe, ac partes quoque contrahentes clauſula ſibi in ſtrictis iudiciis conſuluiſſe: DOLVM MALVM ABFVTVRVM; atque *Aquilium* Prætorem demum actionem de dolo & *Caſſium* exceptionem doli inueniſſe, quarum primam *malitiarum omnium euerriculum* haud vane nominat Tullius. (*) Soli namque ſtricti iuris contractus remedio hocce amplius adhuc indigebant; ſiquidem omiſiſſent contrahentes clauſulam, nec de mora futura, nec de malitiarum omnium genere cogitaſſent. In ceteris iudiciis actio, vel exceptio Prætoria doli neceſſaria vix erat, quum eſſet, qui ex ſui officii natura deceptis ſuccurreret, atque ex animi ſententia auxiliarem circumuentis dextram porrigeret.

## §. XXXIV.

Appoſite namque Quiritium diſciplina cauit, ne in conuentionibus, vbi religioni, verecundiæ & amicitiæ paciſcentium pleraque relinquebantur, nec verbis ſingula, nec litteris certo, nec lege determinata obſeruabantur, mutuis interea præſtationibus ſuperantibus, benignior iudicis interpretatio deficeret, quæ remoueret iniqua, quæ adiiceret æqua, quæ ſuppleret non expreſſa & ſuis ſingula ponderibus exigendo vitiorum mederetur feruori, ac moræ & deſidiæ & maleſuadæ auaritiæ vel vſuras ſoluendas, vel fructus imponeret pendendos, ac pro re nata ad id, quod intereſt præſtandum adigeret igna-

(*) de N. D. *lib. III. c.* 10.

Digitized by Google

ignauos doloſeque verſantes; prorſus, ac ſi omnia iſta in ſtipulationem fuiſſent deducta. Idque eſt, quod Paulus affirmat *L. 7. ff. de negot. geſt.* TANTVNDEM *in bonæ fidei iudiciis valere iudicis officium, quantum in ſtipulatione nominatim eius rei facta interrogatio.* Vnde Prætoris vox in huiuſmodi actione: SI PARET TITIVM EX VENDITO CENTVM SEIO DARE OPORTERE, CAIVS IVDEX EX BONA FIDE CONDEMNET.

## §. XXXV.

Ex quo tamen neutiquam colligendum, inde bonæ fidei actionum nomen abſciſſe manaſſe. Habebat plus argumenti Prætor, quamobrem iuſſui ſuo eas adſueret voculas; idque prodit Cicero Lib. III. *de Officiis cap. 17.* cum auream illam, vt vocat, veterum formulam propoſuiſſet, VT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAVDATIONE. *Sed,* inquit, *qui ſint boni & quid ſit bene agi, magna quæſtio eſt.* Hinc pergit: *Q. quidem Scæuola Pontifex maximus ſummam vim dicebat eſſe in omnibus iis arbitriis, in quibus additur ex fide bona; fideique bonæ nomen exiſtimabat manare latiſſime, idque verſari in tutelis, ſocietatibus, fiducia, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitæ ſocietas continetur: in his magni eſſe* IVDICII (*) *ſtatuere (præſertim cum in plerisque eſſent iudicia contraria) quid quemque præſtare oporteret.* Qui locus gnauiter eſt expendendus

(*) Legunt fere omnes *magni iudicis*, ipſeque Gronouius. Sed diu eſt, cum monuit Ritterſhuſius legendum eſſe *magni iudicii*, quem malo ſequi, quam facere cum ceteris.

dendus. BONI ſunt hic contrahentes. Inter eos oportet bene agier. Quod ita exponendum: Non omnia hiſce in negotiis ſigillatim exprimi ſolere, nec commode ac iuris ſenſu poſſe. In bonitate mutua vniuerſos acquieſcere, qua ſine vitæ ſocietas nequeat conſiſtere; nec præſtationes interea ab vtroque latere ſignentur vniuerſum. Itaque, vti boni debent agere, circumſpicit iudex, circumſpicit in tutelis, perpendit in ſocietatibus, *cetera*. Idque magni iudicii eſt. Noſſe enim oportet finem contrahentium, ſcopumque huiusmodi negotiorum, vbi vix omnia queunt notari, multaque in incerto ſolent cubare redigenda ad certum iudicantium ac peritorum hominum prudentia, quid quemque oporteat præſtare: etſi quæ ad *eſſentiam* vniuſcuiuſque contractus pertinent, conuentione ſua fixa & certa efficiant, qui vendunt, emunt, locant, conducunt, reliqua; aut lex generatim doceat: quemadmodum ſe gerere tutores debeant, ac pupilli viciſſim. Quapropter iudicis officio continetur, omnia hæc vt introſpiciat accuratius ſententiamque ferat ſapientia ſua dignam.

## §. XXXVI.

Dices? Ergone qui mutuum ineunt, ſtipulantur, ac promittunt, obligationem nominibus contrahunt, aut litteris, boni non ſunt? Et ego bonos eſſe regero, nec bonitate deficere; ſed hoc loco boni ſunt, qui ex æquo & bono ac mutua fide ſuas diiudicari conuentiones volunt; qui non omnia ſignate deſcribunt, & ad viuum reſecant, ſed, ceu boni bonis, fidem ſibi inuicem habent; & iudicem quoque ad mutuam bonitatem

ac grauiſſimam liberalitatem, (vt Cicero vocat *bonitatem*) reſpicere cupiunt. Et talis vero bonitas in ſtrictis contractibus, in quibus eſt mutuum, neutiquam inuenitur. Exactiſſime quippe partes ſanciunt, quid, quale, & quantum ſit præſtandum. Nihil hic inuenitur incerti, nihil bonæ fidei in genere ex vtroque latere relictum: præcipue cum contractus ſtricti iuris, ſi non omnes, plurimi tamen μονόπλευροι, ſeu vnilaterales ſint. Quæ res facit, vt reciproca *cauſſa*, ſeu præſtatio in fumum abeat, nec mutuum, nec ſtipulatio interea in irritum cadat, tametſi in mora ſunt debitores, qui cogi de cetero ad officium facile poſſunt ſecundum contractus legem actionibus cuique negotio propriis ac certis, quia obligatio eſt certa, & promiſſi ac muneris immobilis ratio. Hinc tales actiones iudicia audiunt ſimpliciter, ceteræ, in quibus bona fides, hoc eſt, liberalior poteſtas obtinet, iudicia ſine LEGE, arbitria, *libera* iudicia. v. Cicero de officiis *Lib. III. cap. 15.*

## §. XXXVII.

Cuius generis expoſitio, quam adtulit Scæuola Pontifex, quanquam vix diſplicet M. Tullio; non is tamen inducit animum, hiſce iudiciis omnem fidem bonam abſolui, aut nihil amplius deſiderari a Philoſophis poſſe. * Oſtendit ipſemet, quam ſit proceſſum longius in Ædilitiis edictis, vbi non ſolum abſtinendum a malitia ſuperaddita, verum etiam omnis vitiorum diſſimulatio merito remouetur, quoniam ita nemo agere bonus poteſt, *vt ex alterius prædetur inſcientia.* Olim autem tam ſeuerus in fori tritura reperiebatur nullus, alioquin ædilium edictis non fuiſſet opus, ſi vitiorum diſſimula-

tio

Digitized by Google

tio in iumentis ac ſeruis, aut aliis rebus vendendis pro fraude fuiſſet habita. Hinc coniectura capitur, bonam fidem longius eſſe ab Ædilibus hac parte propagatam: quod & Donello arridet in commentatione *ad ædilitium edictum*; eſtque ſimul inde ad probandum, celebre illud edictum Q. Mutii ætate vix innotuiſſe, deinde vero a ICtis quoque in progreſſu animaduerſum, *redhibitionem etiam empti* IVDICIO CONTINERI *l. 1. §. 1. l. 11. ff. de act. empt.* Adeo limites bonæ fidei liberaque iudicandi facultas indies protendebantur, cum philoſophiæ operam darent Iuris auctores, & ex Panætii ſchola, tanquam ex equo Troiano, prodiret præſtantium Iuriſconſultorum nobilis caterua. Quin inde deducas augmentum actionum bonæ fidei. Temporis quippe progreſſu in negotia humana, atque ipſam rerum naturam, quæ eſt iuris fons, & vſum rerum moremque penitius intuebantur Romuli nepotes & ad maiorem moderationem, ac culturam res ſuas traducebant. Errantque omnino, qui non alias actiones bonæ fidei admittunt, quam quas Cicero ex Q. Mutio commemorat. Rectius Hermannus Vulteius (*) calculos ſubducit, quum omnia ſtricti iuris iudicia in bonæ fidei potuiſſe mutari autumat. Saltem de iure gentium id veriſſimum eſt: quamlibet Iuris Romani circuli non ferrent, vt, quod diu inoleuit, aliiſque pluribus ſuperſtructum fundamentis fuit inque iuris artem tranſiit, vno ictu exſcinderetur. Quare manſit



(*) ad tit. C. *vbi conueniatur, qui certo loco dare promiſit,* p. 299. ſ.

ſit diſtinctio inter ſtrictos & bonæ fidei contractus eademque differentia durauit in actionibus.

§. XXXVIII.

Prorſus enim opinor, non alias hoc nomen ferre, quam quæ ex contractu vel vero, vel etiam quaſi deſcendunt. Reales, immo in rem ſcriptæ, ac poſſeſſoriæ actiones & teſtamentariæ, qua teſtamentariæ, quid? quod prætoriæ omnes ad hoc ſtabulum minime pertinent, iique, qui contra ſentiunt, arbitrarias, vel æquum bonumque in genere cum bonæ fidei actionibus confundunt: quam tamen commixtionem euitandam monuimus ſupra: quod luculentius peruincit Broeus in commentario ad *inſtitutiones* ſupra dilaudato.

§. XXXIX.

Atque hinc etiam eſt, quod Iuſtinianus nullam, niſi quæ vel directe ex contractibus, vel indirecte, ſeu vtiliter pullulat, in bonæ fidei claſſe repoſuit; quaſque non indicauit, tacite dicto ſub nominatis modo comprehendit. *Bonæ fidei*, inquit Imperator, *hæ ſunt: Ex empto, vendito, locato, conducto, negotiorum geſtorum, mandati, depoſiti, pro ſocio, tutelæ, commodati, pignoratitia, familiæ herciſcundæ, communi diuidundo, præſcriptis verbis, quæ de æſtimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit, & hæreditatis petitio.*

§. XL.

Quocirca nemo dubitet, quin contraria iudicia in iis, quæ Iuſtinianus recenſet, lateant. Ipſe Q. Scæuola contrariorum iudiciorum ſuo iam tempore mentionem inicit, neque auditum eſt ſane, bonæ fidei negotia in ſtricti iuris tranſiiſſe vnquam & vſquam: licet ſtatua-

ſtatuatur, ſtricti quæ fuerant iudicii, quodammodo bonæ fidei eſſe effecta. Sed fallerentur iterum, qui hic nimis laxi, & benigni ac leuibus rationibus commoti admitterent alias, e. g. *finium regundorum*, propterea, quod actio familiæ herciſcundæ, & communi diuidundo compareant hac in claſſe. Valde enim probabile eſt, extremam bonæ fidei haud eſſe, quia omiſſa. Vnde indaganda cauſſa: quæ illico ſeſe aperiet, ſi penſitetur, in actione finium regundorum peti partim certum, quod ſit reſtituendum, partim etiam de delicto quæſtionem eſſe, vbi *bona fides*, ſeu liberalior interpretatio locum non inuenit. Actio familiæ herciſcundæ & communi diuidundo fere ex ſocietate proueniunt, quia communio rerum & familiæ, ſeu hæreditatis ſocietati quodammodo ſimiles ſunt, in qua præſtationes occurrunt incertæ. In finibus regundis vero nulla ſocietas cernitur, nec fingi vlla poteſt. Interuenit hic delictum plerumque, ſiue verum, ſiue quaſi: quia fines confuſi ſunt; vtut nondum intelligatur perſpicue, quis confuderit. Propter hanc obſcuritatem & arbiter, ſeu arbitrator interuenit, & menſor. Quin publicæ quoque rei vtilitas ſeſe immiſcet, adeo vt dicta finium regundorum actio magis fundo, quam perſonis competere videatur. *l. 4. §. 5. fin. regund.* ſicque in rem eſt certe, quatenus vterque *affinis*, quod eſt intra pedes quinque, ſui dominii eſſe vindicat. Cui non obeſt, eam quoque in perſonam dici, & eſſe; haberique rationem eius, quod intereſt. Facile enim reponitur, id non intendi animo, quando finium regundorum actio inſtituitur. Nam aut ante litem conteſtatam fructus perce-



Digitized by Google

pit alteruter, aut poſt litem conteſtatam. Si bona fide ante iudicium, lucrabitur illos, qui conſumſit: ſi mala oportet *condici*: hæcque condictio ad actionem finium regundorum non pertinet: quæ haud dubie mens eſt Pauli *l. 4. §. 2. ff. fin. reg.* Quod autem poſt iudicium acceptum reſtituendum, id ad actionis primordia perperam refertur: nec ſine delicto eſt, qui poſt litem conteſtatam, vel acceptum iudicium, aliquid commiſit, aut fructus percepit mala conſtitutus in fide. De hiſce reſtituendis aut refundendis arbitratur Iudex, idque officio eius continetur *§. 6. J. de officio Iudicis.* Sed merito quæritur, an præſtatio eius, quod intereſt, ſtatim iure obligationis & actionis contineatur, nec arbitraria magis ſit, quam bonæ fidei? Sæpe enim arbitrium iudicis interuenit in actionibus in rem, FINITO de re reciperanda IVRGIO: & is tamen deciperetur admodum, qui actiones haſce ſenſu Quiritium appellaret bonæ fidei. Aliud ζήτημα occurrit, an potuiſſet fieri bonæ fidei, ceu hereditatis petitio? quod affirmant multi. Sed plus difficultatis hoc ſeſe loco offert: quod indicatum copioſe.

§. XLI.

Dum dico: plus difficultatis, illico patefit, non caruiſſe rem omni difficultate, quando Iuſtinianus hæreditatis petitionem bonæ fidei decreuit eſſe. Nam vtut perſonales in ea occurrunt præſtationes; non illico tamen occurrunt mutuæ, ſeu reciprocæ, quemadmodum in communi diuidundo & familiæ herciſcundæ negotio, qui cum ſocietatis imago vel copulatur, vel copulari commode poteſt. Hæreditatis poſ-

ſeſſor

Digitized by Google

ſeſſor vero nec contraxit cum herede vere, nec vlla ſpecie, aut imagine quaſi contraxiſſe cum illo fingi poteſt. Ergo idea contractus faceſſit. Vbi nullus contractus vel verus, vel quaſi, ibi nulla actio bonæ fidei. Et tamen Iuſtinianus bonæ fidei voluit. Qui vult noue & præter ius vetuſtum, is aliquid nouaſſe merito creditur. Quid igitur notauit? Hoc ſolum, vt vna actione includeretur poſſeſſoris hæreditatis contrarium ius, qui alioquin, iudicio hæreditatis finito, impenſas in hæreditatem factas, non autem retentas condicere potuit, ſi bona fide in hæreditate inſtitit, quaſi pari & communi inter hæredem & poſſeſſorem cauſſa. Itaque quaſi contractum aut finxit ſimul, aut, ſi hic in mentem ei non venit, inepte decreuit. Simul. Nam veteri quoque iure negotiorum geſtorum actio hæreditatis poſſeſſori dabatur ſeorſum, ſiquidem obligare hæredem voluit: cum alias non fuiſſet negotiorum geſtor. Dabatur quoque condictio ex æquitate. Sed æquitas hæc nondum erat ſufficiens, vt fieret actio bonæ fidei. Prudentes quidam in diſputatione fori ita autumabant. Sed opinio quorundam nondum erat lex. Itaque Iuſtinianus ſuperueniebat, & diſputantibus interponebat ſeſe. An vero is quaſi contractum fingere & pro auctoritate fabricare potuerit, alia quæſtio eſt, & indaginis altioris. Qui fingit naturæ rei fingat conuenienter; cum fictio imitetur naturam rei. Atqui natura contractuum vix patitur, vt fingatur conſenſiſſe, qui conſentire nec voluit, nec potuit. Quomodo autem conſentire voluit, aut potuit hæreditatis poſſeſſor, qui de alio hærede non cogitauit, nec, ſi in bona fide fuit, cogitare commode potuit, vt

ſibi

ſibi reſtituantur impenſæ? Ne garrias: Imperator hoc voluit tanquam Legislator. Statim enim obuertitur in te, Legislatorem eſſe ratione præditum, qui ſine ratione ſufficienti faciat nequicquam. At ſine huiuſmodi ratione, inquis, fecit. Bene, aio, ſed ita non orietur hac parte ius rationabile. Finxit, pergis, ſic debuiſſe cogitare poſſeſſorem. Igitur bina finxit Imperator. In iure vero duplex fictio non ſolum eſt ſuſpecta, ſed & peregrina. Finxit ergo tua ſententia, poſſeſſorem ita debuiſſe ſubducere rationes; ac deinde, etſi eo non ſubduxit pacto; tamen ſtatuit, quaſi contraxiſſe eum cum hærede, aut hæredem cum poſſeſſore: quod παράδοξον. Ceterum ferri poteſt, ſi aliter arguas, & iudici præcepiſſe Imperatorem dicas, vt ſimul iudicet de eo, quod hæreditatis poſſeſſor primum animo non intendit; etſi nunc ipſi hoc gratum eſt acceptumque. At tum habebis actionem bonæ fidei, quæ neque ex vero, neque ex quaſi contractu venit. Et patior hoc: dummodo ne inferas, dari igitur actiones bonæ fidei, quæ ſint in rem. Neque enim ſingularis Iuſtiniani voluntas illico omnes actiones in rem efficiet bonæ fidei: cum non ſit Iuſtiniani, cogitare ſemper accurate, & bona fide; vt taceam, ſingularia neutiquam protendi. In finium regundorum iudicio vero, neque tam liberalis fuit in fingendo, neque, ſi ingenio ſuo indulſiſſet, aut ſupercilio Imperatorio tantum tribuiſſet, ſine inſigniori ſtoliditate id ſane potuiſſet comminiſci.

§. XLII.

Quapropter de dote actio reſtat. In hanc enim, quæ eſt ex ſtipulatu, transfuſa eſt actio rei vxoriæ, eoque

que actio ſtricti iuris bonæ fidei creditur facta. Quod quemadmodum ſit præſtitum, clarius enunciandum. Et erant vero mulieri duæ actiones repetenti dotem. Vna vocabatur rei vxoriæ, altera ex ſtipulatu. Illa ex natura negotii fluebat, altera e ſtipulatione expreſſa. Res vxoria eſt matrimonium, non patrimonium, ſicuti recte contra Hottomannum notat Giphanius, idque ex Plauto probat & Gellio; nec deſunt plura veterum loca. Sed natura matrimonii vero poſcebat, vt dos conſtaret, quamdiu matrimonium eſſet. Hoc ſublato, vel ſoluto, dos conſiſtere amplius non poterat. Quare illam a marito eiuſque hæredibus vel mulier, vel pater coniunctim, vel ſolus repetebat actione rei vxoriæ ex regula. Nam exceptiones hoc loco vix contuemur. At habebat viciſſim vir actionem contrariam de vtilibus, vel neceſſariis impenſis in rem dotalem factis, perinde ac ſi inter virum & vxorem ſic fuiſſet contractum. Nec deerat marito ius retinendi aliquid pro liberis, ob res donatas, ob mores inconditos: atque interea tamen non tota, ſi in rebus fungibilibus conſiſteret dos, ſimul, ſed annua, bima, trima die, hoc eſt, tribus penſionibus, primo, ſecundo, tertio anno ſoluebatur: vt præteream, non plus potuiſſe exigi a viro, quam facere poterat. Quæ cum mulieribus viderentur dura ac moleſta, cœperunt illæ ſtipulatione ſibi magis vtili conſulere de reddenda dote; eaque ratione minus frequentabatur rei vxoriæ actio. Qua demum per Iuſtinianum ſublata, nomen quoque euanuit; cumque illa in eam, quæ eſt ex ſtipulatu, ſit transfuſa, atque hæc appellaretur actio de dote κατ' ἐξοχήν, mirum non eſt, iudi-



Digitized by Google

dicium rei vxoriæ latere nunc, & inueniri ſimul inſertum in actionis de dote ſchemate. Quare reſtat excutiendum, quid mutauerit Imperator, quid non? Et adſentior Goeddeo, (*) non tam ſtipulationem bonæ fidei naturam induiſſe, quam rei vxoriæ actionem illi agglutinatam retinuiſſe, quam habuit, qualitatem, ita vt actio de dote nunc quaſi ſit compoſita, inque illa coniunctim inueniatur, quod pro mulierum fauore olim erat in vtraque, inque neutra deprehendebatur integre, atque vniuerſim. Ergo ſtipulatio occurrit hoc loco, vbi nihil ſibi eſt ſtipulata vxor; vnoque anno ſoluitur, quod alioquin bima, trima die diſſoluebatur; retentionibus pluribus fere ſublatis (**) actioneque in hæredes mulieris promiſcue tranſeunte: ſicuti rem totam effuſa confuſione (***) explicat ipſe Imperator in *l. vn. Cod. de rei vxor. actione.* Ex quo interea claret, non ipſam ſtipulationem in bonæ fidei actionem tranſiiſſe, ſed hoc potius beneficium a rei vxoriæ actione manaſſe, venireque ex copula, vt, quod ceteroquin in ſtipulatione non eſt, actio rei vxoriæ impertiat illi, & quod deerat huic, ſuppleat vel vera, vel commentitia ſtipula-

(*) De *contrahenda & committenda ſtipulatione p.* 845. *ſ.*

(**) De his adiri debet Iacobus Gothofredus ad *Reg. I.* 73. *ſ.* 3. vbi quam fuerit vxorius Imperator, breuiter, ſed ſolide probat.

(***) Tali elogio Imperatorem mactat Franciſcus Balduinus in *Iuſtiniano.* Nec pauca ſunt, quæ reprehendit Wiſſenbachius in *comment.* ad Codicem *h. l.* itemque Dominicus Auliſius ICtus Neapolitanus peracutus ad tit. *Soluto matrimonio quem, dos pet.*

Digitized by Google

latio: atque vt matrimonium ſæpe communionem bonorum inducit; ita hac parte binas inter illas actiones, paucis reſectis, contracta eſt ſocietas, ac reciproca bonorum, ſeu beneficiorum omnium collatio, communicatioque: quanquam incognitum non eſt, vnde defluxerint ſingula, & iterum vniuerſa.

§. XLIII.

In quo an ſit recte ac ſapienter verſatus Imperator, alia quæſtionis ſpecies eſt. Neque enim habebat is neceſſe, vt vnum in ſtabulum concluderet diuerſa, cumque Legislator eſſet, humano capiti ceruicem equinam iungeret: inprimis cum leui opera & paucioribus verbis potuiſſent ſtatuere, quid in repetenda dote vtrinque in poſterum foret obſeruandum. Huiuſmodi connubia iuridica enim non tam opitulantur languenti iuris arti, quam eam vexant; interque varias comparationes id tandem efficiunt, vt tantum non Oedipi ſit, adſequi verum legis ſenſum. Sed ita erat ingenium Iuſtiniani comparatum, vt herciſceret coniuncta & rurſum iungeret ercta: addens aliquando nonnihil de ſua culina.

§. XLIV.

Ceterum ea mihi opinio ſedet, plures actiones bonæ fidei non eſſe, quam quæ ſunt relatæ a Iuſtiniano, aut cum relatis arctiſſimo nexu iunctæ, ceu utiles, & contrariæ: etſi multos ſecus ſentire conſtat, ita, vt actionum bonæ fidei numerum figi non poſſe penitus habeant perſuaſum. Sed decipiunt eos æqui bonique voculæ; nec non falſæ de bonæ fidei iudiciis definitiones, aliaque minus accurate perpenſa. Cape exemplum ab actionibus, quæ dicuntur præſcriptis verbis. Contendit *Ægidius*

*dius Hortenſius* in Comment. ad *Inſt. h. t.* qui admodum liberalis eſt in admittendis bonæ fidei iudiciis, Iuriſconſultus ceteroquin acer & doctus, non ſolam æſtimatoriam, aut quæ eſt ex permutatione, id nominis ferre; ſed etiam reliquas, quæ ex contractibus do vt facias, facio vt facias, facio vt des permanant, eodem cenſu venire. Nec minori molimine Iuriſconſultus Hiſpanus Hieronymus Oroſcius, ſeu *Oroz* in *apicibus iuris Lib. III. cap. IX. n. 8.* perſuadere hoc diſſentientibus conatur, qui illas eo numero expellunt. Verum, ſi quid video, in eo labuntur Viri præclari, quod in contractibus innominatis ceteris συνάλλαγμα animadvertentes illico concluſere: *Ergo ſunt contractus bonæ fidei.* Etſi namque συνάλλαγμα conuentionem complectitur & præſtationem vltro citroque; non ſunt tamen omnes contractus innominati ita comparati, vt mercimonii cauſſam habeant & negotiandi formam, & vitæ ſocietatem adtingant, & in conuenientium reciproca bonitate acquieſcant, præſtationes relinquendo incertas. Permutatio vero & æſtimatorius contractus ſicuti hiſce requiſitis non deſtituuntur; ita bonam fidem non ſolum & liberaliorem iudicis ſententiam admittunt; ſed & ad vitæ ſocietatem propagandam aperte faciunt. Quæ vera ratio Q. Scæuolæ eſt a Cicerone indicata, in qua latitant reliquæ rationes a Doctoribus adductæ ad vnam omnes.

§. XLV.

Propterea enim in formula Prætoria adhibebantur verba pro re nata: EX FIDE BONA, vel EX ÆQUO & BONO, vel QUOD ÆQUIUS MELIUS; obſeruaturque porro, tam laxam interpretationem conuenire & con-

contractuum, & actionum naturæ, quia partes contrahentes non omnia ita ſignarunt abunde, ſed pudori & verecundiæ reliquerunt, quæ ſint, ſecundum ſcopum & votum cuiuſque præſtanda viciſſim; cum is minime bonus ſit, qui facit nihil, niſi ſui cauſſa, inprimis vbi negotium occurrit διπλευρον. ad quod vtrumque latus vt reſpiciat iudex, & quid & quantum alter alteri præſtare debeat, iuſtis ponderibus exigat, æquum omnino eſt. Contraxerunt enim ceu amici & boni, ita, vt non ſolum noceatur nemini; ſed etiam commodi ab vnoquoque mente conſignati honeſta ratio habeatur. Atque hoc eſt, quod Cicero *Lib. II. de offic. c. 12.* indicat: *Societatem tuetur is, qui ius ſuum cuique tribuit.* Vnde pellucet, quare Scæuola dixerit: in illis, quæ recenſuit, bonæ fidei iudiciis, *ſocietatem vitæ contineri.* Quo enim modo ſocietatem tuebitur is, qui ſibi vindicat aliena, qui datam fidem non ſeruat, nec præſtare vult, quæ mos & conſuetudo ciuitatis & notiſſimi contractuum termini, ac votum vtriuſque paciſcentis ſuadent præſtanda? Pares hic ſunt, qui in vnum placitum mutuæ vtilitatis cauſſa conuenere. Ad vtraſque præſtationes igitur animum aduertat Iudex prudens itidemque bonus inter bonos.

## §. XLVI.

Sed iam fac oſtendas, quomodo arbitraturus ſit iudex, ſi vnius tantum occurrat obligatio, vti in mutuo, ac denique certa? Arbitrari ſignificat trutinare, conferre, comparare obligationes inter ſe plures, ac dein illas exæquare ad iuſtitiæ & æquitatis libellam, vt ex illa

matura & plena collatione demum clarum fiat, quid præſtare alterum oporteat alteri, nihil licet ſit nuncupatum ſcriptumque. Igitur merito concluditur, in mutuo *iudici* quidem, ſed *arbitro* locum non eſſe: etſi centies clamites, in mutuo hominum indigentiæ ſuccurri, actum hic beneficum animaduerti, ſocietati humanæ non inutilem. Neque enim hic mutuarum præſtationum atque incertarum ſocietas eſt.

## §. XLVII.

Pari ratione in contractibus innominatis, vbi datur, vt facias, vbi facis, vt faciat, vbi facis, vt detur, ex vna dundaxat parte præſtatio deeſt. Adeſt factum, nec deficit datio. Ergo ab hoc latere nihil ſuperat, quod deſiderari poſſit; perindeque nunc eſt, ac ſi contractus ſit vnilateralis, quod & Goeddeus agnouit (*). In vnilaterali vero contractu bona fides, hoc eſt, comparatio obligationum & inde fluentium præſtationum ceſſat; eoque nihil adiiciendum reſtat, nihilque detrahendum ex æquo. Accedit votum contrahentium, vt, dum tu das, alter faciat ſtatim. Sin minus; adeoque imperfectus eſt contractus, vel pœnitentiæ locus relinquitur, vel condictioni cauſſa dati cauſſa non ſecuti, vel etiam actioni doli, vel præſcriptis verbis, vel in factum. Quo circa iudex non plus poteſt, quam eſt ſcriptum, aut præſcriptum, aut factum faciendumue ſimpliciter. Nec puto, aliud in permutatione futurum fuiſſe, niſi Caſſius & Sabinus exiſtimaſſent, permutatio-

(*) De Contrah. & committenda ſtipul. p. 55.

Digitized by Google

tione veram etiam emptionem & venditionem contrahi (*).

## §. XLVIII.

Æſtimatorius contractus vero ſicuti peculiaris & diſtinctus non erat; aut ſaltem dubitatum apud veteres, vtrum talis conuentio eſſet venditio, an locatio, an denique mandatum: ita dubitationis tollendæ cauſſa introducta eſt actio præſcriptis verbis æſtimatoria, quam eo pacto adornabant agentes, prout negotium ad vnum ex illis contractibus accedebat propius: quod haud obſcure monet Edmundus Merillius *obſeruat. Lib. VIII. Cap. XV.* Cuiuſmodi obſeruationi addas licet, æſtimatoriam, quamuis id genus contractus per ſe conſiſtens eſſet, hoc eſt, conceptionem & definitionem haberet propriam, nihilominus manſuram bonæ fidei, quia dubitatum olim, vtrum in cauſſam emptionis venditionis, an locationis & conductionis incideret? quæ vtraque bonæ erat fidei; (**) prorſus ac emphyteuſis bonæ fidei contractus habetur, vtut Zeno nouam vim ei tribuit; eoque non tam eius naturam imminuit, quam auxit: quod ſimiliter de actione rei vxoriæ animaduertimus ſupra (***).

## §. XLIX.

Quæ cum ita ſint, lubet nunc inueſtigare effectus differentiæ, quæ eſt inter actiones ſtrictæ formæ & iudicia

(*) Vid. Vinnius ad §. 28. I. *de act.*
(**) v. Vinnius l. c. §. 28.
(***) Conf. Donellum ad *tit. de act.* §. 28.

Digitized by Google

dicia bona fide diſcutienda: neque enim ambiguum habemus, quin ex dictis illi dignoſci & ſine negotio percipi poſſint.

§. L.

Propterea enim 1) in ſtrictis formis Iudicis poteſtas vltra petita non protendebatur, quia ius eius, ſeu facultas certis limitibus erat vallata, iſque verba ſimplicia & directa ante oculos habebat conſtituta, & factum, puta numerationem reapſe præſtitam, & ius ſcriptum, quod certam nonnullis contractibus formam dedit, ita vt nulla cogitatio vltra; eoque nec pactum adtenderetur, quia in illam formam anguſtam intrare nihil poterat, ceu de mutuo adfirmauimus haud temere; idque ſimiliter de ſtipulatione, ſi operæ pretium, facile foret oſtenſu.

§. LI.

Similem ob cauſſam in ſtrictis iudiciis 2) nunquam ex regula iuratur in litem, in liberis autem, quæ non reſpuunt bonam fidem, iuratur vtique. Quod enim *l. 5. pr. & §. vlt. l. 6. ff. de in litem iurando* occurrit, ſingulare eſt. Quomodo namque iurabitur in ſtrictis ex affectu, eumque affectum ponderare poterit iudex, qui formulæ eſt incluſus, ſeu actioni alligatus, ac, præter verba nuncupata, aut ſcripta, nihil amplius intelligere cupit, vel expendere debet, ne dicam, arbitrari ſollicite?

§. LII.

Ex eodem fonte 3) manat, quod bonæ fidei iudiciis inſit exceptio doli, cauſſam dederit hic contractui, an minus? Neque enim cum clariſſimo *Nodtio*, qui libel-

Digitized by Google

libellum ſingularem *de forma emendandi doli mali* conſcripſit, diſtinguo. Saltem actio doli neceſſaria non eſt; quod latius oſtendit Præſes ad tit. Pandectarum *de dolo malo*, diſiiciens argumenta in Nodtium obuerſa. In ſtrictis contra eſt: non, quod dolus non repugnet ſtricti iuris contractibus, ſed quod iudicis eo loco ſeruum eſt officium. Quin perperam argumentari omnes & in ambiguis hærere pronuntiamus, qui fidem bonam abundantiorem in bonæ fidei negotiis ſomniant, quam ſtrictis. Potior Donelli (*) ratio videtur, fidem bonam manere eandem; atque aliunde procedere, quod iudex per ſe in anguſtis illis contractibus auxilium doloſe circumuentis deneget. Quare a Prætore præſidium exſpectent, vel excipiendo tempeſtiue & pro tribunali, vel agendo conuenienter.

§. LIII.

Ergo igitur nec reus obſtringitur (4) vt exceptiones ſtatim & ante litis conteſtationem exponat. Sufficit, ſi id ante rem iudicatam faciat, qua probata abſoluetur is incunctanter. In ſtrictæ poteſtatis iudiciis omnia contra ſe habent. Prætoris enim dextra hic opus eſt, qui, poſt acceptum iudicium, ſuo iuuamine reum amplius vix recreat.

§. LIV.

Simili modo certum eſt, (5) in bonæ fidei negotiis ob moram in pecunia deberi vſuras, tanquam acceſſiones, in ceteris rebus fructus: cum in ſtrictis actionum figuris eo ſeſe iudicis prouidentia neutiquam porrigat,

F nisi

(*) ad tit. *de act.* §. 28.

niſi in ſtipulationem deductæ, aut ſeorſum illæ ſolenniterque ſint promiſſæ. Quæ vero vſuræ ante litem conteſtatam nunquam cœpere illæ nec poſt conteſtationem currunt, ſeu perſeuerant. In bonæ fidei iudiciis autem & incipiunt a mora, & currunt, nec deſinunt poſt moram: Vigilat ibi iudex ex officio eamque vigilantiam continuat, nec ab illa rationabili ſollicitudine deſiſtit vnquam & vſquam.

§. LV.

Ex eadem libera iudicis poteſtate eſt, quod (6) in bonæ fidei iudiciis actio tollitur ipſo iure, cum e contrario in adſtrictis ope exceptionis demum ſubruatur. Eccur? Et conſtat, facere in hiſce dolum, metum, pactum, iuſiurandum, rem iudicatam tum initio, tum poſtea, vt vaneſcat obligatio ipſo iure, hoc eſt, iure ciuili; nec opus ſit auctoritate Prætoris, cuius eſt, per exceptionem ſubuenire iis, quibus ius ipſum præſidium negat. Inſunt enim in bonæ fidei contractibus & actionibus exceptiones; hoc eſt, ipſa iure ciuili inſunt: adeoque nec dolum, nec metum, nec aliud quidquam, quod naturæ & vitæ obligationis eſt contrarium, *admittunt*: ſicque abſoluitur reus ipſo iure, qui non erat obligatus vllo iure. Dices: fieri non poſſe, vt ipſo iure tollatur obligatio & actio, niſi adducatur exceptio. Et recte, regero, & dudum monuit Vinnius, talem ellegationem proprie exceptionem non videri, vulgo licet ita appelletur. Vbi vera exceptio, ibi ius eſt in confeſſo. In bonæ fidei actibus negatur ius omne perque eam negationem intentio actoris omnimodo repellitur, ſi allegetur ſolutio, acceptilatio, nouatio, me-

metus, dolus, res iudicata. In ſtrictis vero negotiis ſummum ius obeſt, quod remouendum prius, antequam ſecuritas obtingat obligato: & hoc vero effici nequit, niſi Prætoris vox intonet, & a rigore iuris liberet conſtrictum debitorem. Idque tempeſtiue immo feſtinanter peragendum erat pro tribunali, in iure, apud Prætorem, vt ſic defenderetur plus æquo preſſus: cum e contrario in bonæ fidei iudiciis quæuis tempora idonea ſint, ante executionem iudicati: quod luculentius probat, rerum ipſo iure tutum eſſe. Dubium, quod Doctores & diſcipulos male habuit, e modis loquendi ortum traxit: TOLLI IPSO IVRE, EXCEPTIONEM *iudiciis liberalibus ineſſe*. Quomodo enim tollatur, inquiebant, quod non eſt? Sed conſtat, *tolli* idem ſonare, ac non naſci. Quod enim illico tollitur propter dolum, nunquam creatur, nec oritur. Quod non oritur, non videtur eſſe. Itaque ipſo iure tolli ſignificat, ipſo iure non eſſe: efficitque nuda allegatio, vt nunquam fuiſſe obligatio, nunquam vixiſſe contractus cenſeatur. Quod ſecus eſt in ceteris iudiciis, vbi ſane nata eſt actio, genitumque ius, quod, ſine nouo facto Prætoris & litigantium, neutiquam vaneſcit, ſed ſpirat; donec ei anhelitus intercipiatur, aut frangatur gula inſtrumentis a Prætore petitis.

§. LVI.

Quibus animaduerſis haud difficulter percipitur, quod de compenſatione adfert Iuſtinianus §. *30. l. de actionibus*. Ante M. Antoninum Philoſophum enim ne quidem exceptio compenſationis locum inueniſſe videtur in ſtrictis iudiciorum figuris. Etſi enim de hoc



Digitized by Google

reſcripto D. Marci aliunde nihil innoteſcit; id tamen repoſitum ſeruatur in Inſtitutionum theſauro. At valide vereor, vt ante Marcum nulla ſit tributa vis compenſationi: cum compenſare ſit ſoluere. Apparet enim ex *l. 4 ff de compenſat.* Neratium Priſcum, qui Traiano æqualis erat, exiſtimaſſe, compenſationem ipſo iure imminuere actionem, aut impedire, aliis euntibus contra. Neque mihi dubium hæret, quin plures invenerit aſſeclas hic ICtus, magno honore cultus a Traiano Imperatore. Igitur itum in partes; donec reſcriberet M. Antoninus, in ſtrictis iudiciis compenſationem ope exceptionis induci debere; eoque pacto manſit differentia inter bonæ fidei & ſtrictarum actionum formulas. At neutiquam hic ſubſtitere in foro agentes. Placuit, vt ipſo iure exſpiraret obligatio, vbi mutui debiti & crediti contributio obſeruaretur; idque quodammodo indicat *l. 5. & 6. C. de compenſationibus*, quæ ſunt Alexandri. Dolo enim petere non ſolum videbatur, quod mox eſſet reſtituturus; verum etiam abſurdum prorſus exiſtimabant Conſulti quidam, ſtare, quod eſt diſſolutum, ac compenſatione, quæ ſit ſolutio, plane ſublatum. Saltem id diſcriminis aliquandiu manſit, vt in ſtrictis ex diſpari cauſſa admitteretur compenſatio, in liberis iudiciis ex pari ac diſpari: quod adnotatum eſt a Schultingio ad *Sententias Pauli Lib. II. tit. V. n. 3.* cui praeiuit a Coſta ad §. *39. I. de Act.* Igitur minime mirum, Iuſtinianum tandem perſpicue declaraſſe, vt compenſatio in omnibus actionibus ipſo iure minueret debitum, dummodo viciſſim liquidum foret, quod debetur. Obſeruat Nodtius ad rubricam Dige-

ge-

geſtorum *de Compenſationibus*, ante Iuſtinianum non fuiſſe cauſſam liquidi & illiquidi ſpectatam, niſi cum proponeretur compenſatio aduerſus fiſcum. Fatendumque, *ex lege 6.* Alexandri *C. de compenſationibus* id fere pellucere: quod & Wiſſenbachius animaduertit. Quare quod fiſci olim fuit & ſingulare, inualuit hoc modo vniuerſim.

§. LVII.

Quæ quanquam ad theoriam & actionum bonæ fidei & ſtricti iuris differentiis ſufficere videntur; non poſſum tamen omittere hoc loco quæſtionem infrunite a multis deciſam: an videlicet adiecta ſtipulatione bonæ fidei contractus efficiatur ſtricti iuris, ita, vt emptio, venditio, locatio, conductio naturam illico omittant ſuam? & an idem dicendum, ſi in litteras redigantur contractus conſenſu conſtantes? Ac mirum eſt, iſtos ſe putare ſapere ac gloriari interea, plus a ſe inuentum, quam quod pueri reperiunt in faba, dum adfirmatiſſime reſpondent. Potius pueri ſunt iſti cum adſeclis ſuis in iuridicis rebus ac digni, qui farre aqua macerato cum lolio victitent, ni deſtruant nidum hirundininum e quiſquiliis & ſordibus congeſtum, aut, ſi quid boni ex aliorum ſcriniis eſt, inde ſaltem pudibundi ſeiungant.

§. LVIII.

Quid enim? Stipulatio, quæ omnium obligationum erat firmamentum omnibuſque accedere contractibus poterat, tam mirificam inducat metamorphoſin, vt, dum emunt, vendunt, locant, conducunt, ceu ſolent boni, id amplius non velint, non faciant, quia adiecere ſtipulationem? Scilicet interpretes tali ingenio & iudi-

cio tam obtuſo capere nequeunt, quemadmodum & cur ſtipulationes interdum pluribus aliis obligationibus accedant? Neque enim hoc partibus eſt propoſitum, vt locatio & conductio, emptio & venditio non amplius forent ex contractuum, qui conſenſu perficiuntur, genere, aut ſuam naturam & ſubſtantiam amitterent; ſed vt vnum, aut etiam alterum caput vel fieret firmius, vel conſtaret clarius. Exempli gratia: in emptione ac venditione ſæpe apponebatur ſtipulatio de quantitate pretii & re tradenda, vt ſciret vterque euidentius, quid & quantum poſſit venditor ab emptore, atque emptor viciſſim exigere a venditore. In ceteris manebat emptionis natura, nec bona fides impediebatur. Finge enim, rem fuiſſe vitioſam, & venditorem, aut emptorem extitiſſe in mora; quis credat, ſic ſeſe ligatum exiſtimaſſe iudicem, nihil vt de reliquis, quæ non adtigit ſtipulatio, arbitraretur. Id verum, ſtipulationem omnium obligationum firmandarum cauſſa videri inuentam; non autem illico tollendarum. Et tolleretur autem ſine mora obligatio bonæ fidei mutua, ſi tam efficax effectus tribueretur ſtipulationi ſubiectæ. Fac porro, ſolum venditorem de pecunia illico repræſentanda ſtipulatione ſibi cauiſſe, an hæc propterea morabitur emptorem, ne petat, quæ hac in emptione voto & conſilio ſuo eſt complexus, nempe, vt ſibi officio iudicis obtingeret res illæſa cum ceteris præſtationibus perſonalibus? Qui talibus argutiis indulgent, iurium ſtudioſis ſpectaculo non ſolum, ſed & ſale merito ſunt defricandi. Ea enim ratione alter, qui eſt emptor, in deterius conditionem ſuam mutaſſet, ſi iudex intra anguſtos

can-

Digitized by Google

cancellos concluſus in præſtationibus cæteris adiudicandis cogeretur obmuteſcere. Sed ſtatue amplius, emptorem ſtipulatum ſibi ornamenta equi, eaque non tradi a venditore. Nemo ambigit, quin iniuſte agat & merito cogatur ex ſtipulatu ad tradendum. Sed turpiter ſe daret, qui venditorem porro tantum exiſtimaret laturum compendii, nihil vt amplius fide bona circumſpiceret Iudex, quum de ornamentis pronuntiauit ex ſtipulatu. Acutius cernunt, qui pluribus actionibus frui emptorem ſcribunt, actione ex ſtipulatu ad ornamenta certo & facilius conſequenda, manente interea actione empti in qua fides bona nunquam non intercurrit.

## §. LIX.

Sed multo ineptius ſomnium videtur, emptionem ac venditionem ſimileſque conuentiones in litterarum contractus tranſire, ſi litteris comprehendantur. Perſpicue enim ad vnum omnes cognoſcunt, litteras melioris probationis cauſſa adhiberi: nec, vbi litteræ, ibi illico naſci contractum litterarum, qui ſtricti iuris habetur, & ex vno latere vinculum iniicit. Vnde extra orbitam eſt, quod recitatur, ſaltem conſideranda videri, quæ litteris ſunt expreſſa. Falſum hoc, & nouus febricitantis & monſtroſa parturientis ingenii abortus. Quis enim audiuit vnquam, in emptionis ac venditionis contractu, litteris licet conſignato & vtriuſque manu ſubſcripto, non præſtari euictionem, cuius mentionem interea non iniecere ſcribentes? Mirum, homines ea doctrinæ copia, omniumque litterarum theſauris & ſuppellectile neſcire, aut non vltro reperire

po-

Digitized by Google

potuiſſe, quod omnes tenent. Sed neque vero dubium, quin Iuriſconſulti cordati riſuri albis dentibus ſint, aut exſibilaturi tales cornices male collectis atque ad rem nihil facientibus plumis ſuperbientes. Nam quum deprehenderent, fieri aliquando, vt, quod debetur ex emto, tranſfundatur in ſtipulationem, vel litterarum contractum; illico animum induxere, id igitur omnem adiectam ſtipulationem, aut ſcripturam efficere, tota vt emptionis ac venditionis natura cum libera Iudicis facultate in fumum abeat ex templo, & ſtricta oriatur iuris forma, quæ paullo ante fuit laxior nulliſque vinculis impedita. Adeo igitur lyncei ſunt, nec niſi ſincerum ſpirant, pactum non pactum, emptionem non emptionem, ac ſtipulationem iterum emptionem, hanc chirographum dicentes. Sed hæc Iuriſprudentia haud dubie in Vtopia eſt recepta, vel ad Caucaſi radices enata, vbi tam ſolennes ampullantur nugas Tartarici Iuriſconſulti. Rectius Vulteius Iurium peritus de meliori luto loco ſupra adducto: *Vt autem actio aliqua, quæ eſt bonæ fidei, fit ſtricti iuris, nullus eſt caſus. Sane nouari poteſt obligatio, vt quod ex contractu bonæ fidei debetur, id poſtea debeatur ex contractu ſtricti iuris. At tunc obligatio* ALIA *eſt, non* EADEM *priori illa ſublata; & ex conſequenti actione agitur ſtricta, non actione bonæ fidei, quæ in actionem ſtricti iuris tranſierit.*

## §. LX.

Id igitur damus, ſi tota res in ſtipulationem animo nouandi eſt traducta, ſolam actionem ex ſtipulatu locum tuituram. At animus nouandi ſicuti in dubio non præſumitur; ita abſonum prorſus, bonæ fidei actio-

actionem coire in aliam, quæ eſt ſtrictæ formæ, & tranſmutari confeſtim ceu Deucalionis & Pyrrhæ poſt terga reiectos lapides. Id vero propterea diſſentientibus permittimus, quia *l. 71. ff. pro ſocio* quodammodo patrocinari illis videtur, in qua Alphenus, referente Paulo, reſpondet, ſi ſtipulatio, poſt coalitam ſocietatem, ita concepta ſit, *hæc ita dari, fieri ſpondes*, pro ſocio agi non poſſe, ſi aliquid contra factum ſit: quanquam alia ſuppetit cauſſa, quamobrem ex ſtipulatu actionem conceſſerit laudatus Alphenus. Nec enim actio pro ſocio ad diſſoluendum contractum datur. Et hoc loco iudicium communi diuidundo ceſſaſſe videtur, quia nihil dum in arcam communem erat illatum; ſocio interea ægre ferente, quod alter ab amicitiæ lege reſiliuerit ſtatim poſt confectam mutuo conſenſu ſocietatem. Sed hæc vtcunque ſint, largior iterum, transfuſa in ſtipulationem ſocietate Alpheni definitionem ſe habere recte. Verum quid? ſi animus nouandi deſit? quid? ſi ex certo capite ſtipulatio interpoſita? Ac bardus ſit, qui hic mixturam vtriusque actionis admittat. Prima enim in ſpecie, ſi quidem in continenti ſtipulatio adiecta, vnus tantum manebit contractus, nec vlla aderit nouatio. Stipulatio enim prohibet, ne actio ex contractu emptionis antecedente naſcatur. Quocirca perinde erit, ac ſi de emptione contrahenda nunquam fuiſſet actum, ſed ſola ſtipulatio placuiſſet: quod colligitur quadantenus ex *l. 6. §. 2 ff. de Nouationibus ac delegationibus*. In altero themate vero, vbi certum caput contractus in continenti in ſtipulationem deductum, vel vinculum vinculo addi-

tur, vel ſtipulatio adhibita fines ſuos non egreditur. Fac igitur, me *vacuam poſſeſsionem tradi* ſtipulari a venditore, vel rem dari, dubium non eſt, quin actio ex ſtipulatu competat: ſed neutiquam venient fructus a die ſtipulationis, vt quos in illa non comprehendi. Itaque ex empto agere licebit ad iſtos conſequendos: in quam tanquam actionem bonæ fidei multa intrant ex æquo & bono, vtut non expreſſa: idque eſt, quod *l.* 3. §. 1. *ff. de act. empti* illis verbis: *Sed ex empto ſupereſſe ad fructuum præſtationem.* ET SENSVS eſt, inquit Dominicus Aulifius (*) ICtus Neapolitanus longe doctiſſimus, *eum, qui ex ſtipulatu egit ad vacuam poſſeſſionem tradendam, conſequi rem, non autem fructus, quia in ſtipulatione non ſunt expreſſi; nec tamen fructus amittere, quos conſequetur altera actione ex empto.* Ex quibus omnibus patet, nihil hic miſceri, aut confundi in vnum grumulum, ſed proprias vires retinere tum contractum priorem, tum adiectam ſtipulationem, quod iam dudum Alciatus in *parergis* ſuis deprehendit: eoque miſerum Iuriſprudentiæ fatum eſt, vt, quod iam primi humaniores interpretes intellexerunt, multi nunc ne capiant quidem, inque his vecors Doctorum turba, qui nil niſi Bartolum crepant, cuius ſub interpretamentorum clitellis ſudare ius noſtrum cupiunt. Bartolus vero hac in cauſſa haud parum turpiter ſe dedit, ac mentum ſuum tam vehementer ad ſaxum ſtultitiæ alliſit, vt ne eos quidem errores effugerit, quos effugiunt alioquin tirones: caſtigatus propterea a Pichardo defæcatio-

(*) De Verbor. obligat. cap. III. p. 165.

tioris ingenii Hiſpano in comment. ad Inſt. *quibus modis tollitur obligat.* Supra vero laudatus Dominicus Auliſius rem omnem præclare animo eſt complexus ſcriptor perſpicuus & lectionis multæ, ac iudicio præditus nequaquam mediocri.

§. LXI.

Ceterum paullo tolerabiliores ſunt, qui cum Cuiacio contractus ſtricti iuris fieri bonæ fidei per oppoſitam exceptionem, vel replicationem doli mali cauſantur. Quanquam enim & hoc a vero abludit, tam immite tamen non eſt, tam immoderatum & male ſanum, quam antecedens pabulum ex pluribus ſatis congeſtum commixtumque: quando bonam fidem in ſtrictum ius transfigurare, aut rudem ei ac ſylueſtrem habitum circum dare ſategere. Cuiacius vero cumque eo plures mitigare e contrario illud ius ſeuerum contendunt; ac Dorotheum Græcum ſequuntur, ſed quem iam ſuo tempore depexum dedit Stephanus, ni fallar, aut alius Græcus interpres. Cuiacium *Lib. III. obſ. 17. l. Seia 42. ff. de mort. cauſſa donat.* in errore confirmauit: qui interea in Virorum doctiſſimorum reprehenſionem incurrit, ac Goeddeo cum maxime & Antonio Fabro pœnas dedit. Putarunt enim, hac ratione omnia in iure Romano confundi, perindeque futurum, bonæ fidei contractus dicatur, an ſtricti iuris? præſertim cum ex accidenti veniret, iudicium fieri ſtrictum, vel contra. Quin caderent prorſus a Iuriſconſultis & ſpeciatim ab Vlpiano prodita, qui actiones, in quibus exceptio doli ineſt, diſtinxit ab alteris, in quibus non ineſt. Id extra dubitationem collocatur, non deſtitui



Digitized by Google

clauſulam: *dolum malum abſuturum* ſuo effectu, quæ in fauorem rei eſt adiecta. Excluditur enim actio & condemnatio, aut minuitur per oppoſitam exceptionem; non autem mutatur forma actionis, vel formæ qualitas: vt taceam, ſemper agi condictione certi, vel ex ſtipulatu, quæ actiones non poſſunt non eſſe ſtrictæ. Nec prætereundum, omni tempore atque in ipſa executione in bonæ fidei iudiciis exceptionem doli obiici recte; cum viciſſim in adſtrictis illa ſit opponenda tempeſtiue inque iure; iſtaque omiſſa iudex nunquam fiat arbiter. Adde, ipſam de dolo malo actionem a nemine nuncupari bonæ fidei: quod ſi eſſet, condemnari & reus poſſet in plus, minuſue pro re nata. Cuiuſmodi commentum nunquam in mentem venit veteris iuris conditoribus. Quare conſequitur, vt Cuiacius bonæ fidei & ſtrictarum actionum naturam minus ſedulo perpenderit, multaque turbauerit. Facit enim is actionem bonæ fidei ex rei vindicatione, cui exceptio doli non ineſt: cum ceteroquin in bonæ fidei negotiis exceptio ipſo iure inſit, & latius eat verſeturque, quam clauſula: *dolum malum abſuturum*, indeque oppoſita exceptio, quæ cancellos ſuos non tranſilit; & actori tantum nocet, non reo. Quando autem iudex officio ſuo fretus iudicat ex æquitate, non ſolum ille dolum remouet, ſed quidquid inæquale eſt, reſecat, & ad æqualitatem reducit. Quod vt cernas coram, finge: Spopondit Titio Caius, tradi domum vacuam, & Caius viciſſim eſt ſtipulatus, vt repenſentur ſibi mercedes habitantium ſine dolo malo. Agit Titius: opponitur ei exceptio a Caio. Verum eſt, facere

cere exceptionem, ne actio locum habeat, niſi penſauerit mercedes Titius: atque hæc eſt illa notiſſima vis, vt exceptio elidat actionem, aut ſaltem infirmet. Iam ſtatue; mercedes eſſe repenſas, aut cautionem interpoſitam, vel fideiuſſores acceptos. Iudex quid? condemnabit is, credo, nunc Caium, vt fundum vacuum ſiſtat. Quomodo? ex bona fide? reſpiciendo ad id, quod intereſt, Titii domum non eſſe vacuefactam? aut quodammodo tradi labefactatam? Et nemo hoc dixerit. Potius olfacere potuiſſet Cuiacius cum iis, qui eum cæco impetu ſequuntur, neutiquam hic occurrere actionem bonæ fidei proprie talem, cum ad vtrumque latus ſeſe vix porrigat iudicis poteſtas, ſed incluſa maneat formulæ. Non is audiet Titium multa de mercedibus a Caio interea perceptis garrientem, de damno emergente & lucro ſibi intercepto. Habeas, inquiet, domum, quæ ex ſponſu tradi debet, vacuam; amplius & maius nil habeas. In ſt[illegible]tione expreſſum nihil eſt. Remotus eſt dolus. Q[illegible]ſtio tua fuit ante exceptionem tibi obductam, ta[illegible] nunc quoque, poſtquam obducta, & ſatisfactum Caio.

§. LXII.

In lege *Seia 42. ff. de mortis cauſſa donation.* alind occurrit thema, quam Cuiacius comminiſcitur. Donauit enim Seia mortis cauſſa omnia ſua bona Titio cognato, & tradidit, retento ſibi vſufructu, eo pacto adiecto, vt, ſi Titius præmoreretur, proprietas ad ſe reuerteret, donec ipſa quoque exſpiraret, & tunc bona ſua tranſiret ad liberos Titii. Obit hic ante Seiam: vindicant filii Titii res ſingulas; itaque dolum obiicit Se-

ia, quia donationis conditio nondum defecerat. Hactenus bene. Iam infert Cuiacius ex verbis ſequentibus: *Bonæ fidei autem iudicio conſtituto* per exceptionem doli oppoſitam rei vindicationem bonæ fidei eſſe effectam: quod eſt propterea abſurdum, quia exceptio a Seia obuerſa profuiſſet Titii filiis ad *hæſitationem*, aut quæſtionem fundandam: an Seia cauere illis de futura hæreditate obſtringeretur? In bonæ fidei iudiciis namque non immerito ſecuritas poſtulatur in futurum. Ne dicam, Prætorem conſtituere iudicium data formula, & addicendo Iudicem: non autem legi vſquam, exceptione conſtitui. Ergo nouum circumſpexere thema prudentes, quod iam ſuppeditauerat gloſſa, exiſtimans, bonæ fidei illud iudicium eſſe hæreditatis petitionem; adeoque Papinianum non *ſubiunctiue*, ſed *aduerſatiue* videri capiendum, hoc videlicet pacto: ſi autem filii Titii hæreditatis petitionem inſtituiſſent, tum ſubnaturam quæſtionem: num Sei[illegible]uere iis in futurum deberet de accipienda hæred[illegible]quam cautionem Papinianus iis denegat. Neq[illegible]m ad cautionem de reſtituenda hæreditate obligatur quiſquam, niſi cum dies ceſſit, ita vt hæreditas ſit. Dies vero non ceſſit, eſtque in pacto, reuerſuras res donatas Titio, eo præmortuo, ad Seiam. Hæc domina eſt. Nihil adhuc debet Titii filiis nec incepit debere. Exſpectent igitur, donec & ipſa vltimam vitæ lineam abſoluerit. Atque hoc illud difficile eſt thema, in quo res tota eo redit, quid ſignificet locutio: *bonæ fidei vero iudicio* CONSTITVTO. Cuiacius voculam *conſtitutum* ſibi credit patrocinari, adeoque gloſſam ſpernit exponentem de iudicio hæreditatis INSTI-

TV-

Digitized by Google

TVTO. Cuius generis effugium non eſt ſatis criticum. Vbi conſtitutio, ibi ſimul inſtitutio. *Conſtituere actionem alicuius rei* Ciceronis eſt in *Orat. pro A. Cæcinna c. 14.* Quibus bene perpenſis non habeo, quod addam, aut quod imperitiſſimis amplius hominibus ac nugiuendulis commendem, quam tradita a Gœddeo de *contrahend. & committ. ſtipul. p. 847. ſeq.* itemque A. Fabro *Coniect. Lib. XIV. cap. 18. & 19.* reliqua ex pelui fulgura egregie diſpellentia.

## CAPVT II.

# VSVS PRACTICVS ACTIONVM BONÆ FIDEI ET STRICTI IVRIS NVLLVS.

### §. I.

NEc vtemur vero eorum argumentis, qui hoc actionum diſcrimen propterea autumant ſublatum, quod ſolennes ceſſant formulæ, earumque ſolennes impetrationes. Id enim ſi foret, iam ante Iuſtinianum omnis illa differentia euanuiſſet certe: quod interea veritati aduerſatur, cum repetierit Imperator hanc diuiſionem & confirmauerit, ac de ſuo adiecerit nonnulla, iubendo, definiendo, tranſfundendo, extendendo. Potius, aiunt, in hoc omnis vis, ex Iuſtiniani mente, latitat, vt iudex non ſit adeo exacte adſtrictus ad formam libelli, & quantitatem petitam, iudicetque ex æquo & bono in iudiciis æquis ac bonæ fidei. In ſtrictis contra inhæret is ſummæ petitæ,

Digitized by Google

titæ, oculoſque ſuos in forma libelli defigit, qui ex ſingulorum negotiorum & actionum medulla conficitur. De quo dein diſputabimus copioſius.

§. II.

Similiter e iure Canonico nihil petemus præſidii, vtut Baldus & Iaſon iniecere ſcrupulum, quibus recentiores concinunt, ipſeque Stryckius olim noſtras. Sed ſicuti Iaſon rurſum a Baldo receſſit, nec coniiciendum facile, vtriuſque iuris ſymphoniam fuiſſe ſublatam, niſi vbi clara rerum teſtimonia adſunt, ita cum hoc loco illa deficiant, & argumenta potius in contrarium ſuppetant, merito ſubſiſtimus, & de abrogatione bonæ fidei & ſtricti iuris contractuum, qui cauſſæ ſunt actionum eodem nomine venientium, haud temere dubitamus. Aiunt quidem: Canonum iura naturam imitari; naturale autem ius nullas agnoſcere inter contractus differentias, vt quæ prodiiſſent potius e fonte iuris ciuilis. Quod poſtremum etſi neutiquam nego, idque dein limpidius ſum oſtenſurus; non eſt tamen veritati penitus conueniens, canonica decreta ſic premere rationis veſtigia, nihil vt cum ſtricto iure Quiritium ei commercii intercedat. Ac magis eſt, vt, quæ tradit ius Romanum, ſæpiſſime æquum exiſtiment Pontifices, rariſſimeque ab eo recedant. Quod inde ſatis pellucet; quod, quamdiu probatum non eſt, eos nudis pactis vim obligandi tribuiſſe, vix etiam veriſimile fiat, illam nobilem contractuum differentiam, quæ ſeſe per totum ius Quiritium expandit, radicitus fuiſſe a nouis Flaminibus Romanis euulſam. At quam falſum id ſit, erudiriſſimi & veterrimi quoque Iuriſconſul-

ſulti probatum iuerunt; cumque maxime Ianus a Coſta *X. de pactis p. 223.* vbi ea ſimul argumenta offendes contrita, quæ de diſcrimine contractuum bonæ fidei & ſtricti iuris extincto in medium ab aliis adducuntur. Certius videtur, ipſum ius Pontificium fere corroborare ſæpe nominatam differentiam *in c. 3. X. de cauſ. poſſeſſ. & propr.* quod eſt Innocentii III. vbi nominatim in iudicium non deducta non etiam conſiderari ſtricteque reſpici ad petita pronuntiat. Erat enim hæſitatio, an eccleſiæ conuentuales ciuitatis Sturrinæ haberent ius eligendi Epiſcopum cum eccleſia cathedrali? Et proponebatur ab illis, conuentuales in poſſeſſione fuiſſe; de iure vero perſpicue innuebant nihil. Vnde putabat Pontifex, tam in petitorio, quam poſſeſſorio merito pro cathedra eiuſque Canonicis decidi: cetera impune negligi, cum nominatim ius ſuum, vndecunque etiam fluxerit, in iudicium non traduxerint contra euntes eccleſiæ conuentuales, eoque verba Vlpiani, quæ *in l. 60. ff. de iudiciis* leguntur, valere iuſſit; inprimis cum breuitas temporis impediret, ne præſcriptionis beneficium iis prodeſſet. Non eſt noſtrum, examinare hoc loco, an deciſio Innocentii ſit referenda inter iuſtiſſimas? Sat eſt, conſtare hinc, Pontificem ius ſtrictum ante oculos habuiſſe conſtitutum: quamuis ex æquo & bono potuiſſe actoribus melioris probationis imponere onus.

§. III.

Quibus aliiſque argumentis expenſis, Weſenbecius, & Gœddus cum Mynſingero, Zaſio, & Anto-

Iuriſconſulti complures, illam contractuum Romanorum ſtructuram non ſolum iuris gentium eſſe, hincque de illorum ortu mira commemorant; verum etiam naturam negotiorum non ferre, vt aliter ordinentur conuentiouum figuræ, eoque *condictionem* naturæ hic occurrere; prorſus ac ſi omnibus communiter natura dixiſſet, bonæ fidei & ſtricti iuris contractus ab æterno iure proficiſci. Adeo iſti aguntur præcipites ac ſeſe inuoluunt, vt ius quoque ciuile perturbent.

§. V.

Merum enim commantum Quiritium ſapit tota, de qua diſputamus, differentia. Quid enim impedit, quo minus Magiſtratus vndique ſectetur æquum, & ſuppleat, quæ ſunt omiſſa a contrahentibus, detrahatue, quæ ſunt præter ius & morem admiſſa? Enimuero quum apud Romanos pacta nullius fere roboris eſſent, atque in ſtipulationibus verborum rigor inualeſceret, inque litteris quoque variæ tendiculæ & aucupia in mores irreperent, arbitriis, quorum inuidioſa erat ob Regum tyrannidem memoria, ſpretis; ſimulatque Magiſtratus πρόσωπον a iudicis facie vultuque differret; hicque, poſt conſtitutum ſtata cærimonia iudicium, ſui amplius iuris non eſſet, quam pateretur ius in fori tritura receptum; quid mirum, non potuiſſe Romanos longo tempore ab illa rudi & agreſti legum ſeueritate, ſine publicæ quietis diſpendio, ſeſe auertere? Qui adhuc ambigit, is Romanorum rem iudiciariam ſtrictamque legum ſeruandarum rationem nunquam ſolide & cum cura eſt contemplatus, quæ non ferebat, quemquam de iure ciuili directo aliquid mutare, ne quidem

Prætorem, multo minus Iuriſconſultum. Quin adeo odioſum erat in iure noſtro, nouum ius facere, vt iſtud haberetur pro iniquo, eiuſque repertor pro homine callido & nouarum rerum cupidiſſimo. Quæ res fecit, vt ne Principes quidem a veteri iure facile recederent, ſed, cum fieret, euidentem vtilitatem prætexerent; prorſus atque Prætores coloribus ac fictionibus vſi ſunt & Iuriſconſulti ad alia demum remedia animum cœperunt conuertere. Neque enim XII. Tabulæ aliud, quam obſeruanda dictabant; earumque maieſtas ac concinnitas neutiquam patiebatur, vt ad ſuaſiones & præcepta deflecterent: præterquam quod hæc etiam a natura legis aliena erant; erudite id obſeruante Henrico Brenkmanno. (*) Quare ICti veluti boni & ſapientes viri ad ratiocinia confugientes omnia ad *honeſtatem ſocietatemque* referenda ſtatuebant. Et ſupra vero monuimus, ſocietatem eiuſque bonum cauſſam ac fundamentum primarium fuiſſe, quare numerus contractuum & actionum bonæ fidei creſceret; & ſtrictæ conuentionum formæ atque inde fluentes actiones imminuerentur: cum antea vincerent, reliquas numero, aut potius ſolæ eſſent, priusquam diſputando, adnotando, diſſerendo, docendo, orando, edicendo ab illo rigore populus paullatim ad mitiora flecteretur; & ICti denique vniuſcuiuſque contractus ἀρχὰν, & naturam fixam efficerent certamque.

§. VI.

Ac non eſt diffitendum, veteres ICtos, vtut neceſſita-

(*) Diatrib. de *Eurematicis Modeſtini cap. I. n.* 12. 13. *ſq.*

ſitate temporum ciuiliumque rerum motu fere coactos, ſubtili ſæpe animo rationes in finienda conuentionum natura ſubduxiſſe. Nec enim aliam ſubeſſe cauſſam puto, quare mutuum tam anguſtis limitibus ſit circumſcriptum, quam plebis in diuites vſuris capiundis deditos ferale odium, quæ interea inops ad plurium rerum fungibilium erat indigens; nec ſemper ſoluendo, eoque haud raro moram trahens, donec diſſolueret contracta nomina. Idcirco gratuita mutui natura emerſit; nec ratio habita moræ: niſi quidem ſtipulatione ſibi ſigillatim proſpicerent contrahentes, ſimulque diem ſignarent, quo reddenda eſſet credita pecunia: idque temporis progreſſu in vſum demum veniſſe videtur. Ex quo vero haud difficulter percipitur, nullum eius rei in naturali iure veſtigium inueniri, etſi ICti Romani hanc mutuo naturam adfixerint, ex ratione temporum ac ſtatus popularem inter & Ariſtocraticum fluctuantis. Cuiuſmodi cauſſæ atque alia euenta niſi intercurriſſent, nulla ratio cogere Themidis ſacerdotes videbatur, vt ne pro vſu pecuniæ ſuæ vel ſtipulari permitterent in anteceſſum aliquid compendii, aut mora interueniente ſoluendum ſtatuerent plus, quam eſt datum acceptumque.

§. VII.

Ex quo conſit, mutuum accepiſſe ſuam propriam naturam apud Quirites; quæ interea alias gentes nec ſtringat, nec ex rationis dictaminibus ſolide probetur, ceu optime demonſtrat Hugo Grotius (*) Nec quiſquam,



(*) In Commentar. ad Lucam *cap*. 6. *v*. 35.

lare ſpecies, aut ſaltem contractuum genera, niſi viri docti, inque primis Grotius, Puffendorfius & illuſtris Thomaſius noſter aliique, qui huius legunt veſtigia, rem totam in claritate conſtituiſſent. Quorum luminibus ac beneficio id certe conſecuti ſumus, vt Ius Romanum hac parte nemo ſapiens, aut vir cordatus pro gentium iure amplius amplectatur, eamque machinam ARTE ſingulari conſtantem & per ſpiramenta temporum expolitam pro NATVRAE opificio habeat; ſed potius Quiritium mancipio & nexu propriam agnoſcat.

## §. X.

Iam vero vbi de practico vſu actionum bonæ fidei & ſtricti iuris differendum, per ſe liquet, non de vſu Romano verba fieri, ſed qui ille ſit in Germanorum iudiciis ac patrio foro. Et maiori autem auctoritate Magiſtratus noſtri pollent, quam iudices pedanei: ſimilis pactorum ac ſtipulationum vis eſt: non eadem, quæ Romanis de mutuo opinio, nobis ſedet. Quæ vero æquitas iubet ſiue initio, ſiue ex poſt facto emergens, omnes circumſpiciunt; neque hoc ſolius Prætoris munus eſt, aut noui Legiſlatoris, aut iudicis in certis tantum negotiis tam laxa poteſtate armati. Nemo illis coloribus indiget, quibus iuris Romani artifices ſunt vſi, dum populum a rudi ſeueritate abducere ſunt moliti: potius Teutones hac parte libertate vtuntur, atque ad naturæ dictamina propius accedunt. Quod inde appariturum certius confido, ſicubi penſitetur, exſibilatum iri a Principibus fori tintinnabula, quæ in exponendis, aut diiudicandis eorum contractibus & fœderi-

Digitized by Google

deribus præſidium vel a bona fide, vel ſtricto iure petendum exiſtimarent. Magis enim eſt, vt bona fide, hoc eſt, plene eorum pacta, fœdora, & petita, ſi iure agatur, librentur; nec attendatur, de mutuis præſtationibus principio cogitauerint, an ex interuallo demum aliquid prodierit, quod ſit penſandum, exæquandum, tollendum, adiiciendum ex bono & æquo, ſincere, atque ex animi ſententia. Id autem ſi eſt, eo magis ſane claret, totam illam differentiam ad ciuile ius Quiritium pertinere illamque] ius naturæ ac gentium ignorare; probandumque omnino, eas contractuum diuiſiones arrificiales a Germanis eſſe receptas.

## §. XI.

Quemadmodum vero ea, quæ iam de pactorum firmitate in medium tulimus, ſatis euincunt non potuiſſe diuiſiones iſtas arridere ciuibus noſtris; ac multo minus bonæ fidei & ſtrictarum actionum diſcrimen, vtpote quod ex cauſis ſingularibus pluribus ortum duxit; ita cum illæ omnes apud Teutones deficiant, & cum maxime Magiſtratus noſtri ſine ſchematibus, ac commentis & fabulis Romanorum antiquis libere cauſſas definiant, & tum de iure, tum etiam de facto pronuntiens, palam fit, ſomniare omnes, qui in foris noſtris de illa differentia in vſu verſante multa inaniter effundunt.

## §. XII.

Cui vix obeſt, Iuſtinianum illa bonæ fidei & ſtricti iuris iudicia ſtabiliuiſſe, etſi iudicum pedaneorum nomen munuſque iam tum euanuit. Controuerſia quippe eſt, an Germanorum natio aliquid de illa differen-

ferentia reſciuerit vnquam? Iuſtinianus autem eam in foro tempore ſuo inque ICtorum veterum voluminibus & conſtitutionibus Principum Anteceſſorum reperit, numerumque bonæ fidei actionum auxit, easque, ceu credebat, poliuit. De quo noſtri iterum nihil percepere vſquam, vtpote iuris Romani & Iuſtinianei prorſus ignari. Neque mihi dubium hæret, quin, ſi tam magnifica e. Q. Mutii philoſophia maiores noſtri audiuiſſent, illi vel obriguiſſent, vel quæſituri tandem fuiſſent: quare igitur in hiſce tantum, quæ societatem promouent, negotiis bona fides verſari debeat, in ceteris non item, quibus tamen ſocietas humana carere itidem nequeat? Eccur incurrere dolus in ſtrictis poſſit, in reliquis minus? An vna perfidia ſit magis perfidia, quam altera? aut an aliquando pnrfidia non ſit perfidia? Teutones fide omnes mortales antecedere: hoc ipſos confiteri Romanos; adeoque ineptum ſibi prorſus videri, doli actionem, aut exceptionem excogitare, vbi breuiori liceret opera defungi. Quirites in circulum ire, ac dolum non impedire, ſed vulnerata demum cauſſa remedium quærere. Quin nihil parere ſtultius, quam duplex ſtatuere ius, ciuile vnum, Prætorium alterum: ſimulatque adfirmare, iſtud ad certas tantum cauſſas ſeſe porrigere, & auerruncare in quibuſdam dolum, atque obligationis vinculum penitus tollere, in aliis relinquere, donec Prætoris vel magiſtratus vox interueniat æquitate commoti, qui peſſum det & reſcindat illas ſtricti iuris catenas, atque ad ſtatum ac ſimplicitatem rationis omnia iterum redigat. Suos iudices magiſtratus munere ſi-

mul fungi, & de iure reſpondere, ac iudicare & arbitrari pro re nata. Suam iuriſprudentiam vndique artem æqui bonique eſſe; atque abſonum merito haberi, auferre demum per exceptionem, quod tutius non admitteretur; turpiuſque ſic eiici iniquitatem, quæ ſi nunquam fuiſſet hoſpitio excepta, nunquam ſane debuiſſet expelli. Ab omni autem iuſtitia alienum merito cenſeri, promittere ſolenni ſtipulatione, ac dein in mora verſari, illamque abire nihilominus impune; item, pecunia, aut re aliena fungibili vti abutique, & lucrum Gaio intercipere; ac ne teruncium de cetero in penſationem damni eiuſque, quod intereſt, illi tribuere. Ac parum iuuari Romuli nepotes de ignauia contrahentium expoſtulantes. Facile enim vſu venire, vt quis non nihil negligat, & omittat, aut eius obliuiſcatur, quod vtiliter adieciſſet; adeoque conditionis humanæ tranſcendere infirmitatem, vt is, qui ſcriptis aut nuncupatis contrahere verbis cupit, nullius rei memoriam amittat, feratque propterea in re familiari obliuionis pœnam, quæ ſæpe euitari nequeat. Neque enim peritos rerum paciſci, ac ſtipulari ſemper: plures in ignoratione iuris tam ingenioſi verſari, cum quibus tam ſeuere neutiquam ſit agendum, vt idcirco excidere formula omnique compendio debeant. Idque ipſos tandem Prætores perſpexiſſe, multa remedia inuenientes paullatim, & ſtricto iuri intercipientes ſpiritum; nec ignorari eurematica, quibus excogitandis ipſi Iuriſconſulti dediſſent operam: otiaturi interea omnes, ſi germana illis ſimplicitas arriſiſſet initio, nec tot turbis & Demagogis agitati Quirites per varios an-

fra-

fractus & circuitus eniti tandem ad aliquam iuris artem habuiſſent neceſſe, quales turbæ Teutonicis populis eſſent ignotæ, eoque clariorem philoſophiam, & breuiorem iuris artem, ac pauciora etiam inſtituta olim moreſque rectiores iis obtigiſſe, qui feciſſent, ne tot legum reticulis, circulis ac vinculis indigerent.

§. XIII.

Quibus bene exploratis rogo te Lector, vt nunc demum deliberes & in te paullulum deſcendens ſollicite perquiras, an ſit veriſimile, vno halitu conuerſos fuiſſe Germanos, cum ſerperet ius Romanum, inque tribunalia noſtra furtim irreperet, dein vero maiori impetu ſeſe infundere inciperet? Et non putem, ſic quem futurum lapideum, atque inſcium hiſtoriæ penitus, vt lateret illum, quam difficulter & Diis hominibuſque inuitis admiſſum demum ſit ius peregrinum, nitentibus in contrarium moribus antiquis, quibus per tot ſæcula res Teutonica, maiorique felicitatis cumulo ſtetit beata. Eſt hoc tum a nobis alibi, tum etiam a viris doctis in hiſtoria iuris obſeruatum, plura maiorum noſtrorum inſtituta ex illo incendio euaſiſſe paucioraque e Romanorum ſcena in noſtram traducta orcheſtram. Adeo diuerſa erant exotica & noſtris diſſimilia moribus, vt aptari & iungi, vt ſurrogari & ſubire in locum veterum legum & morum prorſus nequiuerint. In quibus & illa differentia actionum bonæ fidei ſtrictique iuris fuit, quam ipſi non capiebant Gloſſarum confectores, a quibus ceteroquin Teutonici adoleſcentes Romanorum hauſere iura, multa trahentes ſordida, impura, falſa & puerilibus crepundiis conſentanea: æquitate interim

in tribunalibus imperii aliiſque iudiciis triumphante; ita vt ad ſummum ſubſidiarius iuris exotici vſus fieret, & tum demum Delphos conſultum irent Indices & Magiſtratus, vbi noſtra ſilerent ſtatuta, & ope conſilioque deſtitutos in ancipiti relinquerent. Quod quanquam doloris plenum eſt; cum alioquin ratio in conſilium adhiberetur in cauſſis perplexis; tamen ferendum hoc foret vtcunque: modo teneatur, a falſo proxime abeſſe, tricas illas de bonæ fidei ac ſtricti iuris negotiis in forum ac curias eſſe receptas, de quibus interea in ſe digladiantur Doctores in ſcholis, quænam ſint illæ? quot demum? quæ ſingulorum notæ, ac γνωρίσματα, qui effectus? illis hæc, aliis iſta tradentibus, & infarcientibus atque iterum reſcindentibus: adeo vniuerſa atque ſingula ſunt conturbata, confuſe & permiſte diſperſa, vt indecori prorſus videantur, ne dum ſtulti, qui hoc loco ius Romanum nobis obtrudunt, ac, ni pareatur, de tota iuriſprudentia actum & conclamatum quiritant; cum tamen vix centeſimus lamentantium intelligat, quid indicauerit illa formula: FIDE BONA.

§. XIV.

Itaque ad ſe rediere nonnulli ac quaſi expergefacti ſomno ſtatuerunt, illam differentiam per imperii conſtitutiones, quas vocamus receſſus, eſſe iterum abrogatam. In quo id cubat inconcinni, Teutones ius Romanum vel habuiſſe, vel accepiſſe; eiuſque iniquitate cognita rurſum expuliſſe foro. Sed ita vero nudum latus aduerſariis ſuis hi præbuere Doctores; inprimis cum ob moram ex mutuo vſuris ſoluendas probarent ex *Receſſu Deput, a. 1600.* ac recentiſſimo *a. 1654.*

*IVRA*

*IVRA enim*, inquiunt nunc baſiatores differentiæ dilandatæ, *correctoria ſtrictiſſime & prout littera iacet, accipienda veniunt, vt minus quam fieri poſſit, ius anterius lædant. Vnde ſtatutum corrigens Ius commune in expreſſo non cenſetur corrigere in caſu non expreſſo, ſed is remanet in DISPOSITIONE IVRIS COMMVNIS ANTIQVI, vt in pluribus autoritatibus conualidat* Alderan. Maſcard. in commun. concluſ. de gener. ſtatut, concl. 4. n. 50. 51. & 57. *communem eam concluſionem dicens, maxime quando in caſu omiſſo nulla eſt neceſſaria cohærentia cum expreſſo, aut in vtroque caſu quæ prætenditur rationis ſimilitudo non eſt adæquata.* Nemo non intelligit, quam præcipiti conſilio iuriſperiti, recte licet de non vſu actionum bonæ fidei & ſtricti iuris ſentientes, ad conſtitutiones imperii confugerint. Illico enim accipiunt vtiliter Doctores pragmaticis erroribus ſcatentes, ingeminantque, vſum igitur antecedenti ſæculo XVI. in confeſſo verſari; ſi quidem ſæculo XVII. euenerit mutatio. Mutationem vero nec præſumi, nec, ſi quid mutatum, vltra cogitata Legiſlatorum fore dilatanda verba. De vſuris ex mutuo ob moram Iudicis officio actori adtribuendis ſermonem fuiſſe: hanc quæſtionem eſſe deciſam. Sed nimis liberales vero merito cenſeri, qui & reliquos, quos lex imperii non adtingit, contractus adſtrictos in eundem alueum transferant & ex minima mutatione conficiant maximam: quem in finem brocardicorum imbre chartas ſuas madefaciunt, auctorumque nubem cogentes horribilem tempeſtatem minantur. Verum tamen lauent parietes ac perpluant

 ſi-

tigna; effluat a vertice montis torrens, nec fundamenta tamen conuellentur.

## §. XV.

Tu dic, auctores in Receſſibus imperii præſidium quærentes bonam cauſſam defendiſſe ſat male: hinc tot lapidibus vrgentur totque telis impetuntur. Illi vero extra iactum ſunt poſiti, qui nunquam Germanos tam artificioſæ iuriſprudentiæ nauaſſe operam tradunt; nec aliquid hac de re reſciuiſſe prius contendunt, quam cum rauca Italicorum & barbarorum magiſtrorum vox Germanos infatuaret, & quædam Romanæ iuriſprudentiæ fragmina iis quam commendatiſſima reddere, confuſo licet murmure, laboraret. Neque enim credibile eſt, illos gloſſarum propolas in arcanam actionum bonae fidei & ſtrictæ formæ doctrinam penetraſſe vnquam. Teſtantur id eorum volumina: vapulantque apud caſtiores Iuris ſacerdotes Bartolus, Baldus, Iaſon cum reliqua ignobili turba: eſtque exploratum, cacatis in eorum chartis nihil ſani hac parte inueniri, nihilque ſolidi offendi. Vnde multo minus veritati conſonat, verum vſum differentiae illarum actionum eo tempore, cum innoteſceret ius exoticum, ab hiſce Doctoribus idiotis in Teutoniæ fines eſſe profectum. Itaque pleno ore dicam, feciſſe potius ineptias Aduocatorum nouaturientium & Romanis plumis ſeſe ridicule conueſtientium, vt Imperator cum imperii Senatu de vſuris ob moram in mutuo exſoluendis ſpeciatim ediceret. Nequaquam enim improbabile habendum, fuiſſe quoſdam, qui de mutuo tanquam ſtricti iuris contractu garrirent atque vſuras peten-

tentibus negarent in ſtipulationem non deductas. Sed qui vero fuerunt illi quidam? Rabulæ haud dubie impudentes, Iura ciuilia & canonica agglomerantes, quibus propterea obuiam itum, ſicque res eſt deducta ad priſtinum morem, æquitaſque probata. Æquum enim in dubia hac quæſtione a Cæſare & ordinibus eſſe prælatum Romanis tricis, verba Receſſus Spirenſis a. 1600. §. 139. diſerte iudicant: So viel nun dieſemnach, den zum Eingang ietzigen Abſchieds angeregten Puncten mutui anlangen thut, haben ſich der Churfürſten, deputirten Fürſten und Stände anweſende Räthe und Geſandte erinnert, was derentwegen bey gehaltenen Deputations-Tag zu Worms im Jahr achtzig ſechs der wenigern Zahl fürgangen, unſere damals anweſende Commiſſarien auch ſich mit ihnen verglichen, daß nehmlich in dem vorfallenden Streit, ob nicht in Contractibus mutui, damit die Partheyen in puncto liquidationis an unſerm Käyſerlichen Cammer-Gericht des langweiligen Proceß enthaben ſeyn möchten, auch ietzt gemeldt Cammer-Gericht damit nicht überladen, ein gewiſſes loco intereſſe a tempore moræ zu ſtatuiren und zu ſetzen vor BILLIG geachtet worden, wann der Schuldner in mora reſtituendi pecuniam mutuam iſt, daß Er ſeinem Glaubiger von derſelben Zeithero (der Vermuthung halben daß der Creditor ſein Geld von ſolcher Zeit an, anlegen, und zu gelaſſener Weyſe zum wenigſten vom hundert funff wol haben möge:) das Intereſſe zu entrichten und gut zu machen ſchuldig ſeye, welches wir uns auch gnädigſt alſo gefallen

laſ-

Digitized by Google

laſſen: So ordnen und wollen wir nochmals, daß ſolch Intereſſe a tempore moræ erſtattet, und derentwegen den Creditorn fünff Gülden von hundert bezahlet werden. Idque declaratur quadantenus in Receſſu Imperii a. 1654. §. 174. Quidquid igitur alias pro ſtricto iure defendendo in medium afferri ſolebat, nauci eſt factum, nec vultures togati Romana & canonica iura pipantes ſunt auditi: antiqua fide prævalente, ne exularet e foro, ſimulatque æquitate vincente, quam bonæ fidei adfigere contractibus ſatagebant inſulſi ac madidi de recenti ſchola magiſtri.

## §. XVI.

Quamobrem caue axiomatibus ludas, & exceptionem probare regulam ſomnies. Negamus namque regulam de bonæ fidei ac ſtrictis iudiciis inualuiſſe inter Germanos vnquam: vtut nemo forte inficias ibit, inceſſiſſe cupiditatem, neſcio, quos, qui tam bellas fabulas docere & auctoritate ſua ſtabilire contenderent, præſertim cum dediſcerent paullatim patria inſtituta, & plauſtris teſtimoniorum certarent, ſuoſque tractatus auctoritatibus Doctorum ornarent, aut potius onerarent. Quo circa magnam verborum iacturam faciunt, qui regulam fingunt omni æuo in vſu verſantem: rectius facturi, ſi aliquot luſtris, aut quinquaginta forſitan æſtatibus contentionem inter patrii iuris defenſores ceteroſque exoticarum rerum proxenetas duraſſe adfirmaſſent, donec Imperatorio iuſſu ac ſtatuum imperii concentu in viam reducerentur purientes Conſulti.

§. XVII.

Digitized by Google

§. XVII.

Ergo nihil noui parturiuit Germania, ſed vetus retinuit, quod precariis ratiunculis ſubruere ſunt conati patriæ iuriſprudentiæ euerſores. Vnde non niſi caliginem obducunt, fumumque excitant, qui latiori interpretationi obſiſtunt, & ſingularia neutiquam poſſe protendi cum grauitate cantant. Vix enim extendit legem, qui morem ante pedes contrarium inuenit. Si qui in conſtitutionibus imperii abrogatam differentiam toties nominatam tueantur, ſuo id faciant periculo. Nos aliud iter elegimus, idque tutius, adſeuerando: incognitum illud diſcrimen Allemannis fuiſſe, enatum vtpote e diſtincto Prætoris ac Iudicis officio ac diſputatione fori & motibus populi nunc ad iuſtitiam & τὸ ῥητὸν atque nunciterum ad æquitatem, lenitatem ac prolixam bonamque fidem inclinantis. Quæ omnia dilucide demonſtrant, eos potius ſingularia ciuitatis Romanæ decreta, ſcita iuraque illepide pro vniuerſalibus venditare, inque mores noſtros inferre, quaſi ſcilicet Romanæ vrbis pomœria vltra Alpes ſint proferenda; Quiritiumque inſtituta peculiaria vel ipſa ratio forent, vel bonæ fidei ac ſtricti iuris negotia diuina eſſent lege diſtincta.

§. XVIII.

At bona fide totum illud diſcrimen ignorant Galli. Id *Imbertus*, *Marcilius*, *Vinnius* obſeruant; nec Belgæ iſtud attendunt, quod *Gudelinus*, *Groenewegen* aliique commemorant: populi multo acutiores noſtris ac Romanis olim permixti; eoque facilius fidem inuenturi eſſent, ſi qui Gallicanis tales contractuum atque actio-



Digitized by Google

num formas diuerſas tribuere auderent, quam Germanis, quorum mores ſimpliciores viſi ſunt ſemper. Sed ſalua res eſt! Fecit enim Francorum præclara fides, ac victrix virtus itemque Caroli M. decantata æquitas, ne tam ſubtilis diſputatio Francicarum & Germanicarum gentium tribunalia, atque MALLA circumſtreperet: vnde nec vllæ leges municipales, nec ius Francorum, Saxonum, Allemannorumque generalius eius rei mentionem faciunt, ſed tanquam ignotum & extra verum vſum poſitum innoxio ſilentio tranſmittunt: commendantes contra in omnibus æquitatem præcipienteſque, ne peregrini in iudiciis ſederent, ſed legem a ſapientibus populi refectam diligenter diſcerent, eamque in conſuetudine haberent, vti loquitur magnus Carolus *cap. LXII. lib. I.* Ab hoc more nunquam in iudiciis ac fori tritura eſt deſcitum: quod tot deciſiones in imperii conuentibus probant, ac leges breues & pauciſſimæ cum libera Magiſtratuum poteſtate in iudicando peruincunt.

§. XIX.

Quibus nihil obducitur, quam iura Romana *legitimo* ad nos *tramite* perueniſſe: quo obſcuro loquendi modo ſignificare volunt, ita ius Romanum publica lege eſſe ſtabilitum, hoc vt conſiderandum nunc ſit tanquam vniuerſale; ac cetera vero tanquam ſtatuta ſingularia, aut conſuetudines ſpeciales. Qua in re obſtinatores redditi ſunt, quum intelligerent, noſtras leges conſuetudinum nomen ferre: & has vero eſſe facti, eoque probandas.

§. XX.

Sed deſinerent iſti forte deſipere, ſi bona fide perpen-

penderent, ius Romanum prorſus non eſſe receptum, nec recipi abſolute potuiſſe. Quomodo enim receptum dici poteſt, quod vltimo demum loco admittitur, quando iura patria deficiunt? Itaque conſiſtunt Germanicæ leges, iiſque vtimur, nec ad Quiritium decreta reſpicere quidem dignamur, ſicubi lux affulgeat e noſtris moribus ac ſtatutis. Ex quo conſit, id cenſendum primarium, quod reſpicitur primum, eſtque reſpiciendum omnino. Alterum vero ſecundarium videri penitus, quod ſæpiſſime negligitur impune; ac tum demum aliquo loco habetur, quando neque *κατὰ τὸ ῥητὸν* neque *κατὰ τὴν διάνοιαν* in noſtris iuris latifundiis præſidium inuenitur. Vnde erroris conuinci leui opera poſſunt, qui ius Romanum pro vniuerſaliori venditant, proque domina habent, quod ſane eſt ancilla. Iſtud enim ancillari nobis merito dicitur, cuius opera tum demum vtimur, quando equi quadrigæque noſtræ non videntur ſufficere, ac volupe magiſtratibus eſt, decurrere ad corpus iuris vaſtum & formidabile ſua mole. Iſti vero admodum ad vulgi fabulas recipiendas proni ſunt, qui, quod ciuile ius Romanum vocatur *commune*, ei aliquid prærogatiuæ, nominis decepti ſono, tribuunt. Antequam enim Germani de Quiritium fabulis ac legibus inaudiuere quidquam, huiuſmodi nomen ac titulus in Italia iuri ciuili adhæſit: quod Pancirollus *de claris legum interpretibus* docere imperitos potuiſſet. Quare ſi hæc appellatio aliquid roboris contineret, omnium Europæarum gentium, quæ iura Romana didicere, intuitu hæc certe pro vniuerſalibus habenda eſſent; quod interea *ἄτοπον*.



Digitized by Google

Quando autem ſtatuta & iura Teutonum atque Francorum conſuetudines vocantur, caue ſis, eo id fieri ſenſu putes, quo alias Iuriſconſulti conſuetudinis nomen accipiunt. Iam dudum enim Innocentius Cironius (*) monuit, factum hoc eſſe ratione corporis iuris, quod Iuſtinianus orbi Romano obtulit, immenſo legum numero plenum; cum viciſſim reliquæ gentes, quibus Romani non imperabant, paucioribus legibus regerentur, quarum vim & efficaciam addiſcebant e conſuetudine, & diligenti rerum vſu; vtut ipſæ illæ leges erant ſcriptæ.

§. XXI.

Quod cum exploratum ſit, liquido demum intelligitur, quam ſint inepti homunculi, qui, quod de conſuetudine, tanquam iure non ſcripto, memoriæ impreſſerunt, ſine iudicio ad Germanorum ius ſcriptum, quod alia plane ſignificatione conſuetudinis nomen tulit, applicant, atque in nos probationis onus deuoluere geſtiunt; ac ſi videlicet facti probandi foret, quod eſt notiſſimo more introductum, atque e contrario iuris, quod in corpore iuris ſcriptum. Et hi Idiotæ interea elato ſupercilio, caperata fronte, in cenſoriam grauitatem compoſiti leges imponere ceteris ſatagunt, eoſque nouatores nominant, qui tam illepida commenta leuiter duntaxat perſtringunt. Tu maiori iure id genus ICtos veteratores dixeris, qui tam ſtolida perſuadere adoleſcentibus eoſque abducere a patriis laribus conantur, non habentes, quod ſuo obtendant incondito ſer-

(*) In Obſeruat. Iuris Canon. *L. V. c.* 7.

ſermoni,quam leges Romanas ſapientiſſimas eſſe;eaſque vniuerſim in Germania receptas, niſi conſuetudo ſpecialis, vel generalis in contrarium demonſtretur. Ita eadem ſemper lyra oberrant, & mentiuntur, ius germanorum ſcriptum, quod ex accedenti conſuetudo appellatur, eſſe extinctum protinus; in quo iis publicæ imperii leges perſpicue aduerſantur, patria inſtituta omnino iubentes ſeruari; proindeque per ἀντίςροφον maiori veritatis ſpecie adſeueratur, eum videri ad probandum obſtrictum, qui Teutonicas leges hac illaue parte iactitat correctas. Ius enim commune eo ſenſu, quo barbari Doctores volunt, non eſt commune, ſed ancillans, non vniuerſale, ſed ſpeciale, quia in plurimis tantum ſubſidiarium eſt. Quod autem ſubſidiarium, nemo, niſi qui cerebrum gerat in calcaneo, generale appellabit: cum ſane adhibeatur rarius. Et rara vero ac ſpecialia non præſumuntur, ſed ſenſu tabellaque, vti Tullius loquitur, probantur.

§. XXII.

Ehodem igitur vir boni, craſſoque ſub aere nati! accedite ad hunc ignem propius, vt paululum incaleſcatis, ac melioribus argumentis confirmetis, quod frigidis quibuſdam rationibus tueri hactenus laboraſtis. An igitur hodie permittit natura mutui, vt adiiciantur varia pacta, vnde naſcatur actio? Et putem. Vos vero neceſſario id negabitis, quia ius Romanum tam diu ſtare præſumitur, donec contrarium doceatur. In ſtricti iuris contractum nullum intrare pactum poteſt; quia ſuis cancellis eſt finitus. Dicetis: Hodie id eſſe mutatum. Ergo vero nihil, inquam, mutatum, nihil abrogatum ſcio:

cum Germani non ſint Romani, nobiſque cum illis nunquam fuerit æqua factio, ac mores viciſſim commerciumque linguæ & omnia diuerſa. Si vero nihil abrogatum, vnde igitur ſtrictæ formæ hodierno vſu complectuntur pacta?

§. XXIII.

Faciatis porro: PRIMVM a SECVNDO accepiſſe ccc. aureos Philippeos mutuo; atque eos interea aliqua parte fuiſſe Pſeudo Philippeos, ac fallaciſſime adulteratos. Adiiciatis, agere SECVNDVM & repetere numeratam ſummam. De dolo nihil eſt dictum. In executionis finibus dum res verſatur, opponit demum PRIMVS exceptionem doli, & probat. Admittetis ne hanc exceptionem? Si reſpondetis: admittimus, quæro, an Romanæ iuriſprudentiæ ſitis periti? Sin hoc, cur in contractu ſtricti iuris omni tempore atque paullo ante executionem iudicati illam defenſionem recipitis, quæ erat opponenda in iure, atque apud nos minimum in primo termino? Ergo eam non audietis: vtut conſtitutio imperii aliquid circa mutuum notauit. Id enim veſtri coryphæi ſine dubio approbabunt, quippe qui ſtrictiſſime illam interpretandam iudicant; nec mutuum penitus bonæ fidei effectum multis verbis contendunt. Sed ſunt tantum verba, quæ nobis nihil incommodi afferunt. Nam Iuriſconſulti germana & antiqua fide ex alio capite & principiis ſolidioribus illam exceptionem non ſolum non negligent, ſed ex parte PRIMVM abſoluent, nec, quanti ipſius interfuerit, Pſeudo-Philippeos non accepiſſe, ſine cura tranſmittent. Vti enim in bonæ fidei contractibus iudices Romani omni tempore

pore ante iudicati executionem ad exceptiones, doli, metus, pacti, animum auertebant, ita in contractibus *omnibus*, nullo excepto, apud nos merito audiuntur cum defenſionibus ſuis excipientes rei, temporis ratione habita nequicquam. Et is vero riſum excitaturus eſſet certo, qui exceptionem reſpuendo ad actionem de dolo ablegaret reum. Quæ omnia indicio ſunt, Romanas haſce tricas noſtris non conuenire rebus. Quod ſibi dictum putent contra euntes, ſimulatque bene perpendant: admodum inficetam illam videri methodum, ac male cohærentem, dum quædam pro arbitrio ex iure Romano recipiuntur, quædam iterum expelluntur; & dum rogantur id genus doctores, quare id faciant, vel obmuteſcunt illi, vel iſtud ſtultum ABROGATVM EST ſuperbe ingeminant, quemadmodum e contrario iſtud πολυθρύλλητον CVR STARE PROHIBEATVR? pro lubidine repetunt.

## §. XXIV.

Euge vero nouam aperiamus ſcenam. Quæſtio eſt, an in ſtricti iuris iudiciis iuretur in litem? Carpzouius adfirmat, Stryckius conſentit, Lauterbachius vix diſſentit, vt ceteros omittam. Quid ad hæc diſſentientes? Remanendum putant in via regia. Quod debetur ex ſtipulatu, ad id conſequendum ius naſcitur creditori, ſed ſine affectu. Similiter rationes in donatione ſubducunt. Cumque reponitur, promiſſorem, vel donatorem interea rem conuertam, aut donatam non præſtitiſſe, qui dolus meretur vtique, vt ſi quidem res rara ſit, præſentis affectionis habeatur ratio; tum parumper quidem ſubſiſtunt, præſertim, cum

cum tot celebrium doctorum nomina vident, qui de pragmatico vſu adteſtentur; ſententiam tamen ſemel arreptam non mutant. Illico enim ſubiecta leguntur axiomata: *Doctori de praxi adteſtanti non credi*, item, *conſuetudinem ad ſummum videri ſpecialem*, non autem vniuerſalem; *pro iure Romano præſumi*, non autem pro conſuetudine: alios doctores longe diuerſa ratione pronunciaſſe, quam Carpzouium, Berlichium, Stryckium: quibus perlectis difficile eſt, Satyram non ſcribere.

§. XXV.

Itaque efferte huc ſcopas ſimulque arrundinem, vt operam omnem aranearum perdamus,& texturam improbam, ceu Plautus loquitur in *Sticho*. Ipſimet enim Doctores ſunt, & interea teſtimonium perhibent de vniuerſali vſu iuris Romani. Igitur nihil iſtis credamus; præſertim cum id, quod affertur, non tam teſtimonium ſit, quam fremitus & motus temerarius inconditæ & exoletæ factionis. Cuius aſſerta ſi valerent quidquam, ad ſummum probarent, eſſe quoſdam magiſtros, qui tam ineptam adoptarunt opinionem, patrias de cetero leges iuriſque Romani artem ignorantes; aut qui ſaltem hiſtoriam Friderici III. & Maximiliani I. leuiter & per tranſennam inſpexerunt: digni, qui a magiſtratus munere excludantur vniuerſi, atque in album pedaneorum iudicum relati nunquam arbitri fiant, nec proprio quidquam ingenio expendant, ſed formularum laqueis conſtricti, ceu mediaſtini, ſeruiant. Vix enim demirari ſatis poſſumus, homines in cathedra ſedentes neſcire,

re, noſtrorum iudicum officium non eſſe ſeruum, ſed nobile; eorumque præſidium implorari, ac propriam proſpicientiam, cum iudices Romani actionibus ſeruiuerint; nec auditum eſt vnquam, tum demum nobile officium appellari, quando actio eſt bonæ fidei. Poteſt id ſemper fieri, ac fit quoque, multiſque in locis hæc clauſula ſalutaris cenſetur adiecta, etſi in libello omiſſa. Vnde etiam perſpicue falſum, in ſtrictis iudiciis noſtros Magiſtratus tantum libellum contueri, nec ingenio ſuo æquitati innixo indulgere quidquam. Id enim faciunt, qui oculos in dorſo geſtant, aut etiam in ſoccis. Quin immo nouo nunc experimento intelligitur, illam iuris peritorum, quos confutamus, concionem, diſciplinam de bonæ fidei ſtrictiſque iudiciis infeliciſſime didiciſſe: quandoquidem vane ſibi perſuadent, fuiſſe aliquid differentiæ iſtis in iudiciis ratione libelli expendendi, aut interpretandi. Iudicis enim facultas in bonæ fidei actionibus non pertinent ad interpretationem libelli; ſed ad ea, quæ alterum alteri præſtare oportet ex natura conuentionis. In ſtrictis libellus non minus expenditur, quam in alteris: ſed erat iudex alligatus ad verba *contrahentium;* non, vti vulgus rem effert, *libellantium:* cum, ſi bonæ fidei iudicio agebatur, ex æquo & bono æſtimatio fieret, iſque ingenio indulgens ſuppleret ius omiſſum demptis ſuperfluis & iniquis ex officio. Ac caue ſis dicas, libellum confici ex actionum natura, hinc iudicem in illum oculos ſollicite coniicere. Nemo enim poſtremum negat, ſed in hoc non verſatur actionum, de quibus loquimur, diſcrimen. Vtrinque is ſimili dili-

L gen-

gentia incedit. Quæſtio eſt, vnde intelligat, quid contrahentes inuicem debeant ſibi præſtare? an plus, quam nominatim petitum? an iudex in vſuras, fructus impenſas, idque, quod intereſt, conſiderationem ſuam intendat? Id enim apud Romanos in ſtrictis negotiis, ſolius muneris ratione, non poterat. Ideoque indagan-ter examinatur, an in noſtris foris promiſcue id liceat iudicantibus? an iuſiurandum in litem vtraque in actionum ſpecie locum habeat? an fructus ex ſtipulatu ſint adiiudicandi creditori? an vſuræ ex mora? Et hic enim craſſa & inæquabili voce nobis ogganiunt diſſentientes contradicuntque in os: quamlibet patria iura nihil vnquam in contrarium præcipiant, nec Doctores iuſiurandum in litem in ſtrictis iudiciis reſpuant, Strykius (*) ſpeciem claram ante oculos conſtituat, & æquitas faueat, & integra conſultorum collegia concinant. Eccur vero iſti tam ſunt feroces? Quia *Goſwino ab Eſbach* (**) in mentem venit, non conſtare hinc tamen de integro totius Germaniæ conſenſu: etſi Berlichius, Carpzouius, ac plures alii conſpirent. Quaſi vero ita in concordiam redigi iurium periti poſſint, nemo vt diſſentiat. Niſi certo ſcirem, *Goſwinum* fuiſſe Weſtphalum, crederem Polonum: adeo ille vnanima ſuffragia deſiderat, atque faciunt Poloni, quorum conuentus regni vnius nobilis obſtinatus ac pugnax animus vanaque contradictio ſufflaminat. Ab eo alii videntur didiciſſe, Berlichii opinionem & Carpzouii niti conſuetudine ſpe-

(*) In tit. ff. *de iureiurando in litem* §. 6.
(**) In notis & obſeruat. ad Carpzouii definitiones forenſes *part. I. conſt. XXIII. def.* 19.

ſpeciali: prorſus ac ſi mos vnquam fuiſſet vniuerſalis in contrarium, aut lex ſcripta in Teutonicarum ciuitatium tabulis, aut ius Romanum omnes Germaniæ angulos occupaſſet, eiecta veteri ſimplicitate. Tantam hi homines in ventre habent confidentiam; ſed atram ſimul in venis arteriiſque bilem, vt nobile officium noſtrorum Magiſtratuum nihili faciant, ſed eos pro meris ICtis habeant, quos Prætor circumſcribat, aut quod multo eſt inſulſius, libellus, aut actionum Romanarum, vt aiunt, medulla vel ſeueriores efficiat, vel liberaliores vno momento reddat.

§. XXVI.

Itaque ad imperioſa decreta ſua prouocant, atque pro edictionibus venditant, aliter ſeſe pronuntiaſſe obtendentes: perinde, ac ſi eorum ſententiæ ius ſtabilirent Quiritium, ac Diis hominibuſque inuitis immutare patriæ iuriſprudentiæ faciem aptæ forent; quam olim diuerſam penitus fuiſſe cognoſcunt; vel, ſi neſciant, Meliboeo ſane hac parte conueniunt, qui Romam ſibi ſemper ſimilem exiſtimauerat, aut etiam ſtolidiores eo ſunt, dum Romanorum orbem cum Germanico confundunt, &, quod illis in oris familiare ac notum fuit, noſtris quoque in locis ac verſus ſeptemtriones in vſu rerum obtinere abſurdiſſime contendunt. Certe, ſi ea methodus comprobaretur, nullo negotio defenderem, pactis nudis apud noſtrates nullam vim obligandi ineſſe. Sunt enim iuris Magiſtri, qui tam illepide cogitant, &, quod ante pedes eſt, non vident; niſi monumentis bubulis, vt Plauti verbis vtar, durum eorum ingenium commonefiat. Alibi,

 di-

dicerem, alia ratione pronunciant: mores, de quibus præcipiunt quidam, ſpecialiter recepti ſunt: vſus vniuerſalis tantum abeſt, vt ſit probatus, vt varii Doctores in tranſuerſum ſecedant. Ius Romanum eſt introductum in fora, curias, academias: *cur prohibeatur ſtare?* Nec deeſſent forte, quibus inſigniter probarem, quam vtile hoc fuerit inuentum, quam laudabile, ac toti orbi neceſſarium. Iure Quiritium ſapientius eſſe nihil: eſſe illud ipſam rationem.

## §. XXVII.

Et commodum ad aures meas accidit vox extrema, quam apud alios quoque me legiſſe memini ac, ni fallar, Vincentium Grauinam, qui magno Ruſſorum Imperatori leges Romanas magnificis propterea verbis ac ſingulari oratione commendauit, quod eſſent illæ ipſa recta ratio. Tales loquendi modos repetunt aduerſarii hac in cauſſa; non habentes penſi, nullum ius arbitrarium rationibus atque argumentis ſuis deſtitui, quam incultus etiam ac barbarus videatur populus. Nec ambigo, quin ipſum ius Moſcouiticum certo ſenſu appellari ipſa ratio queat, ac multo ſapientius ſit, ſi contueamur Ruſſos eorumque ingenium & mores comparemus, quam illud Romanum, quod Ruſſis interea exquiſitiſſimis verbis ſuaſit recipiendum Romanæ Academiæ Profeſſor. Lubenter ita rem effero, cum IOSIAM SIMLERVM *de Republica Heluetiorum* paribus vſum rationibus deprehendam, quando de Heluetiis ſuis differens cauſſam indicat, quare illi Quiritium iura non ſint amplexi. Putat quippe, ius iſtud peregrinum nimis videri acutum, adeoque Heluetiis minus accom-

commodum, vt qui eſſent homines ingenii ſimplicioris, ac candidis moribus præditi: vnde etiam ipſis placuiſſet ius ſuum ſimplex antiqua fide munitum. Nec abludam a ſcopo, ſi idem de Germanis noſtris prædicem, quibus ideo magis fuiſſet conſultum, retinuiſſe patria inſtituta integre, quam tranſiuiſſe in Romanorum fundum, vbi quidem ſollertia regnat, ſed varia quoque ſubtilia inuenta intercurrunt, quibus ſpes bona fide agentium ſæpiſſime eluditur: quod Chindaſuindus in Viſigothorum legibus hoc modo enuntiat (*): *Prohibemus ad negotiorum diſcuſſionem vſum legum Romanarum; quæ quamuis eloquiis polleant, tamen difficultatibus hærent.*

## §. XXVIII.

Et tamen multi ex doctoribus noſtris ſunt, qui haſce Romanas telas omnes inferre in domos ſatagunt, atque inuita ſæpe Minerua rebus noſtris adplicant: impenſe gratulati ſibi, ſi tale commentum venati in ſuas id infarcire ſententias potuere, praxin iactitantes poſthac, inque propria cauſſa teſtificantes, in fori tritura aliud ius non obtinere.

## §. XXIX.

Sic non ita pridem obſeruaui, magnopere lætatum eſſe ICtum veteranum, ſe in condictione indebiti vſuras ob moram etiam poſt litem conteſtatam petitas tribus verendis decretis negaſſe, quod non exiſtimaſſet, libe-



(*) Paullo aliter leguntur hæc verba in Capitularibus *p.* 981. ed. *Baluz.* c. 343. abbreuiataque ſunt ex libro legis Gothicæ.

liberalitatem conſtitutionum imperii latius eſſe porrigendam, quam ad verum mutuum, quod reddere detrectet debitor tergiuerſator; in ceteris ſtricti iuris contractibus & actionibus regulam antiquam rectius ſeruari. At vellem, ne ita definitiones adornaſſet ſuas, ſed rem maiori cura perpendens æquitatem in *Receſſu Deputationis* conſideratam ſimili ratione ante oculos ſibi ſtatuiſſet. Quid enim eſt condictio indebiti, quam repetitio promutui? Qui ignorans ſoluit, ac ſine cauſſa, nihil ſane donat; eoque indebite accipiens nullum habet ius retinendi, quod nec accepit ex liberalitate dantis, nec ex alio capite potuit exigere. Quin ponitur, indebita ratione accipientem tardaſſe, ac omnes moras interpoſuiſſe, ne ſolueret, ac, quod nullo iure acquirere potis erat, redderet. Et tamen iſte Doctor animum induxit, cunctantem, etſi diu res eſſet per altercationem ducta, in vſuras condemnandum non videri. Non cum commouebat deſidia, non etiam malitia moroſiſſimi debitoris, non æquitas in imperii decreto circumſpecta, non denique illa rationi congruens promutui idea; ſed Stoico more, veluti immobilis ilex, in opinione ſua perſiſtens cunctatori potius, quam damnum facienti fauit, abſoluendo illum ab vſuris præſtandis, quia de condictione indebiti in dicta imperii ſanctione nihil extaret diſerte, eaque de cetero actio ſtricti iuris ſit, in qua exigue & exiliter ad calculos vocanda forent omnia, atque illiberale potius facinus committendum, quam rigor deferendus Romanus, pertinaciſſime vndique ſeruandus. Sed ego vero iure, credo, conſurrecturos in imperii conuentu Senato-

to-

tores ſapientes omnes, ſi tales deciſiones librarent cum cura, dicturoſque tandem: non tam Stoicas videri, quam Cynicas id genus definitiones: Profeſſores in academiis nimis interdum indulgere ingenio melancholico: hinc tetricos eſſe haud raro, & ad ſeueras ſententias ferendas admodum propenſos. Abſonum videri, eos tardare adhuc, & ſcrupulos iniicere, an æquitas a mutuo ad promutuum ſit propaganda? an actiones ſtricti iuris ferant liberalius decretum? dum viui, videntes, ſcientes intelligunt, in Teutonica ea de re nunquam fuiſſe ab ingenioſioribus dubitatum, ſed rabularum murmura in contrarium excitata flocci habita, & *æquitatem, æquitatem* durioribus Quiritium principiis antelatam. Sed ita ſuperſtitioſa peregrini iuris obſeruantia in tranſuerſum eos abripit, conſcientiæ vt rationem habeant nullam, ſed ſecum ſoli putent, contenti, ſi e ſua familia inueniant adſentatorem, & compilationes, quas conſcribillant, barbaris nominibus refertæ, inter ſexcenties repetita contra nouatores ſuſpiria, de re futili excreſcant.

## §. XXX.

Et æquiori autem animo tam anguſta in donationibus ac proxeneticis emiſſa ac belle commendata decreta ferenda crederem, quam in cauſſa condictionis indebiti, vbi de damno vitando certauit primum creditor, cuius reparationem etſi tandem poſt longam intercapedinem eſt indeptus, carere tamen interea re vel pecunia ſua debuit, qua ſumma cum iniuria medio vſus eſt tempore eiuſdem aduerſarius minime probus. Verum tamen vix probo, in vſuras nec donatores, nec

pro-

Digitized by Google

promiſſores proxenetici eſſe condemnatos. Pro exploratο enim accipio, eum, qui liberalis extitit, non dolo, non metu, non errore eſſe inductum, vt promitteret, ſed proprio motu ac ſponte ſua certæ rationis munus deſtinaſſe clienti, vel amico ſuo; quo ex promiſſo ius hic acquiſiuit certum, ac petendi cauſſam iuſtam. Nec ambigitur, ſed ponitur, nihil interueniſſe argumenti, ex quo recedere a propoſito & promiſſione perfecta potuiſſet debitor. Et is interea nectit moras; nec vlla interpellatione mouetur, nec, dum pulſatur actione, ad mentem ſaniorem redit, ſed obſtinate detrectat implere, quod modo validiſſimo eſt pollicitus. Quæ igitur, quæſo, ratio ſapientem impellat iudicem, vt pareat homini contumaci & perfidiæ pleno, eumque abſoluat ab vſuris? Si ſeruaſſet fidem datam, & benigne promiſſa exſoluiſſet, dubium nullum eſt, quin vti frui illa pecunia licuiſſet creditori: cuius vſura cum ſit intercepta, atque donator retinuerit, cuius retinendi facultatem ſibimet ipſe ademit, perſpicue conſequitur, haud inique facturum iudicem, qui donatorem & promiſſorem cogat non ſolum, vt præſtet reapſe, ad quod ſe obſtrinxit; verum etiam lucrum ei excutiat, aut ſaltem ob moras iniquas illum condemnet ad fructus ciuiles pendendos, ſeu interuſurium repræſentandum. Quidquid contra affertur, eo redit: donationem eſſe ſtricti iuris negotium, ac proxenetam vero ex contractu egiſſe innominato *facio vt des:* nullas igitur adiudicandas vſuras videri. In quo quam miſere cæcutiant cumque grauitate errent, leui opera oſtenditur. Hæc enim negotia hodie ſine dubio in pacti cauſſam inci-

cidunt. Pacta vero ſine mora ſunt effectui danda: hæcque obligatio, cum noſtris moribus pro firmiſſima habeatur, credo, eos riſu excipi non immerito, qui é Teutonico foro ad Romanorum forum boarium ſaltant, ac rectius ſentientibus inſultant. Noli reponas, contractus innominatos a pactis diſcriminari. Conceditur enim hoc tibi ſecundum Romani iuris elementa. At Germani contractus innominatos ignorant, pactaque cognoſcunt. Eſt ne vero probabile, piſtores, mercatores, opifices, alioſque, qui Romanas tricas bona fide neſciunt, voluiſſe contrahere more, aut methodo Quiritium ſibi ignota? Vereor, ne, qui ſic arguunt, inargutiſſimi fiant & Germanos omnes audiuiſſe & didiciſſe doctrinam de contractibus innominatis ſomnient; de quorum maxima parte ex animi ſententia iurarem, incompertum iis eſſe & fuiſſe, ater ne ſit huiuſmodi contractus, an albus? Magis veriſimile eſt, Stichum tuum dicturum, ſibi eſſe pacto promiſſum: neque nunc opus eſt, vt inter pacta legitima, & nuda inficere diſtinguas, aut conditionem ex moribus & lege. Res eodem in terris noſtris recedit. Quis autem legit vnquam, Germanos pacta ſua vel ſtricti iuris, vel bonæ fidei exiſtimaſſe? Et hi tamen vetuſtarum fabularum præcones recentiores ICtos reprehendunt, atque innominatos contractus & pacta legitima media in ſimplicitate Teutonum mente depingunt, Catonem imitati cenſorem, qui ſicuti omnes aliur de emiſſos odores Romæ, ita eoſdem illi in Alemannia ſe ſentire vaniſſime credunt.



Digitized by Google

## §. XXXI.

Enimuero multis ſemper experimentis deprehendi, eos, qui maxime iura Romana in praxi laudant, illa tenuiter intelligere, ac pleraque peruerſe capere: hinc tot ſolœciſmos in Iuriſprudentia committunt, atque peregrinas leges ſtolidiſſime applicant: ſicuti in tranſcurſu deprehendi, ICtum, quem confutamus, ignorantiæ nouum ſpecimen edidiſſe, quando in bonæ fidei contractibus actionem quod metus cauſſa neceſſariam exiſtimat fuiſſe, eaque adhuc nos indigere in foro audacter ſtatuit. Quod indicio eſt, eum prorſus præterire, quid ſit, exceptiones in bonæ fidei actionibus ineſſe? Id enim ſi cognouiſſet, nec oculi eius aureſque peregrinarentur, nunquam, ſcio, tam mirifica ratione iniiſſet rationem. Habuere namque in hiſce metu coacti ex iure ciuili remedium ſat validum, quo conſulere partim excipiendo, partim agendo ſibi potuere. Tota enim actio quod metus cauſſa ob anguſti iuris formulas videtur inuenta; cum in bonæ fidei iudiciis ipſo iure eſſet armatus iudex, vt nihili faceret huiuſmodi promiſſiones, quibus aut metus cauſſam dedit, aut in illa negotia incidit. Diſerte Vlpianus *l. 116. ff. de R. I.* quæ eſt ex eius lib. XII. ad edictum *quod metus cauſſa. NIHIL conſenſui tam contrarium eſt, qui ac bonæ fidei iudicia ſuſtinet, quam vis atque metus, quem comprobare CONTRA BONOS mores eſt:* cui Imperator Alexander *l. 1. Cod. de reſcindenda venditione* concinit. Quæ vero vis bonis moribus repugnat, ea vt comprobetur, a nemine ſanæ mentis petitur, nec peti poteſt. Et iudex vero, qui ex æquo & bono pronuntiat, ſui obli-

obliuiſcatur muneris & metu preſſum & ad vendendum e.g. adactum condemnet? contra bonos mores? cum habeat facultatem circumſpiciendi totum negotium? nec circulo ſit incluſus a Prætore? & partes contraxerint ceu boni viri mutuæ fidei beneuolentiæque innixi? Et ita tamen patronus malæ huius cauſſæ animum inducit ac iuris Romani peritam inſignem iactat. Id patior, valuiſſe ſummo iure ſtipulationem, acceptilationem, cetera, coactiſque vix aliter, ob fori corruptionem, ſuccurri potuiſſe largior, quam Prætoris tremenda reſciſſione, ac reſtitutionis in integrum notiſſimo præſidio, aut etiam exceptione nominatim actori obuertenda, vt oſtendit *l. 9. §. 3. ff. quod metus cauſſa.* Iam autem in negotio liberaliori talem conſenſum iuſto metu, id eſt, non vano, ſed qui conſtantem hominem terrefaciat, elicium finge; quis eum ſuſtineri credat fide bona? adeoque tota emptio & venditio potius erat nulla; cum illa ſine conſenſu nec ſit, nec mente percipiatur. Idque eſt, quod Vlpianus *non ſuſtineri* vocat, ac iuris naturæ ac gentium peritiſſimi ſcriptores noui aliis duntaxat verbis efferunt, quando metum adhibentem non habere ius acceptandi dictitant. Repugnat enim illi lex diuina, vnde mores boni omnes tanquam ex liquidiſſima luce manant, qui interea neutiquam ferunt, vt quiſquam id genus conſenſionem habeat pro rata. Tantum id diſcriminis animaduertitur: vt in cauſſis ſtrictis, quæ ſuam habebant certam in foro Romano formam, tantiſper valeret, donec imploraretur prætoris munus, quo reſcinderet improbe coalita. Iudex vero, qui iure ipſo in bonæ fidei actionibus ſuo officio funge-

 ba-

batur, & metum atrocem iniectum obſeruabat, non exſpectato alieno auxilio, propria auctoritate totam conſenſionem irritam pronuntiabat; quod non eſt reſtituere in integrum, niſi quidem inſulſiſſime exiſtimes, iudicem pedaneum reſtituiſſe in integrum. Hæc leguleii ex Nodtii ac Schultingii animaduerſionibus dudum potuiſſent diſcere, quid? quod a Iacobo Gothofredo petere lumen in *collationibus* ad dictam iuris regulam.

§. XXXII.

Sed talium virorum ſcripta rariſſime euoluunt, qui pragmaticæ ſcientiæ laureolam affectant, volitantes ſine theoria, nec niſi graculorum conclamantium ſtrepitum quærentes: vnde ſuadendum illis, vt, quæ *cap. I.* §. *LV.* de eo, quod tollitur ipſo iure, & quod per exceptionem infirmatur, ſcripſimus, curatius meditentur. Forte deprehendent, vel oblitos ſeſe talium in ludo, in quo tam diu fuerunt, vel plane nondum intellexiſſe, ita vt tota hæc doctrina auribus ſit deuoranda noue. In quo ſane ſapientius verſabuntur, quam ſi thema de efficientia metus more ſuo examinent, ac Romanorum inuentum ſapientiſſimum prædicent, ſolum vt habeant, quod in Puffendorffio, Thomaſio, Titio reprehendant. Non eſt propoſiti mei, excutere paralogiſmos omnes; quia integrum requireretur volumen: ſolum figmenta adtingam nulla veriſimilitudinis ſpecie ſeſe commendantia.

§. XXXIII.

Quid? Romani, inquiunt, prouidentiſſime metu initos contractus non illico voluere nullos, ne prædones interficerent, aut peiori modo excruciarent, quos ſuis copiis & pecunia emungunt per vim metumque; rati tan-

tantiſper, ſe tuituros accepta, vel, ſi nondum ſecuta traditio, ſe indepturos promiſſa. Tam ſimplices & minime aſtutos iſti fingunt aggreſſores homineſque violentos Romanos, ac ſi neſciuiſſent ius publice dictum in foro, vbi aliquot millia ICtorum iudicumque circumcurſitabant. Quo auctore igitur, merito quæres, illa legis Romanæ ratio probabitur? Nullo: niſi fortean prudentibus & rerum ſuarum peritiſſimis Romanis commodatur Plauti ſententia in Truculento *act. II. Sc. 2.* VERVM *ego illum, quanquam violentus eſt, ſpero, mutari poteſt.* At dolendum, ancillam, *Aſtaphium* dictam, quæ ſic loquitur in ſcena, iurium fuiſſe ignariſſimam. ipſi Romani varia negotia, in quibus metus intercurrit, aut cauſſam iis dedit, ipſo iure infirma pronuntiarunt. Quod ſi eſt, quemadmodum ipſimet fatentur, qui tam mirificam rationem comminiſcuntur, nihil ſane erat, quod coercere ſeruos poterat manumiſſionem dominis extorquentes, aut etiam ceteros, ſponſalia, dotem, matrimonium, &, quæ hinc pendent, promiſſa ingratiis exprimentes & inuitis. Ac, caue, regeras, factum id ob ſingularem rei ac perſonarum fauorem. Illico enim reſpondeo, precariam hanc videri beneuolentiam, ac fauorem minus propitium, ſi in vitæ periculum coniiciantur, aut indignioribus modis tractentur eiuſmodi priuilegio donati: quia, ſecundum aduerſariorum mentem perſpicue ſic aggreſſores truculenti intelligunt, omnia inaniter peragi, ſeque hiantes & magnas diuitias anhelantes certiſſime iri deluſum; eoque concludendum, in omne genus crudelitatis eos eſſe erupturos. Quare apage ſis, quæſo, inuen-

uentum tuum & ſanioribus doctrinis auſculta, ne ſoccos, tunicam, pallium amittas, ac quaſi veſtitum, hoc eſt, nudum te tui conſpiciant.

§. XXXIV.

Maioris enim ponderis eſt, quod viri præclariſſimi obſeruant. Quirites nondum bene coctos politoſque externo verborum cortici adhæſiſſe; exiſtimantes, conſenſiſſe interea metu ad promittentum compulſos; conſentientes autem non videri ab omni obligatione immunes: præſertim cum ſtipulatio, acceptilatio, litteræ interuenere, variis vinculis munitæ, aut traditio acceſſit. Crimen vero, quale eſt impreſſio tam atrox, in ciuitate, vbi tuta omnia, non, inquiebant, præſumi. Audiendum exiſtimabant igitur; quandoquidem ſummum ius agenti ac coniecturæ nonnullæ fauebant. Cumque iudicis officio conſuleretur in bonæ fidei iudiciis metum paſſis; ſolæ reſtabant anguſtæ contractuum formæ, in quibus ob fori corruptelas deficiebat iudicis auxilium formulæ addicti. Vnde Prætor ſeſe interponebat demum, qui, quæ extus videbantur firma, reſcidit; ac reſcindendo in integrum vniuerſa reſtituit; ratum non habens ex poſt facto, quod peſſime & contra bonos mores coaluit. Iudex vero extra formulam conſtitutus ac ſuæ religioni relictus retro declarabat nullum, quod bona fides ſuſtinuit nunquam: vnde nec reſtituebat in integrum, nec Prætoris interuentum exſpectabat, cum grauatos recreare ipſemet officiique ſui partes bona fide & quantum æquius, melius, exſequi quam liberaliſſime poſſet.

§. XXXV.

## §. XXXV.

Quod propterea adnoto, vt quos torpentes occupat ſomnus, eum illi depellant ab oculis ac næuum iuriſprudentiæ Romanæ agnoſcant, quæ longo temporis interuallo metu iniuſto compreſſis nullum fere impertire auxilium poterat, ob inolitam in foro differentiam contractuum bonæ fidei ac iuris ſtricti indeque manantium actionum. Quare in re apertiſſima cæcutiunt certe, qui in fora noſtra labem hanc, næuumque iſtum cupiunt reduci, iactantes vane, ſubtilitatem nouaturientium maiorem videri, quam Romanorum, dum illi naturalem in metu geſtis obligationem agnoſcunt nullam, hi vero aliquam, vtut reſcindendam. At bona, quæſo, verba! Quid enim ſimplicius eſt, obligationem non admittere, quam admiſſam ex ratione minus ſufficienti, rurſum expellere? qui acquirere obligationem & indipiſci ius flagitat, cauſſam adducat oportet. Adducatur ergo, eaque cogens, ac pondere præſtans. Conſenſum eſt, inquis. Nego. Coacta voluntas eſt voluntas: accipio: ſed hæc voluntas nondum efficit conſenſionem. Bini requiruntur minimum, de quibus conſpiratio in vnum placitum prædicetur; ac prædo vero non poteſt acceptare, quod promittitur, quodue datur: quocirca nulla adeſt conſenſio, cum hæc ſine acceptione nequeat intelligi. Eamque DEVS impedit, qui legis naturalis eſt ſanctiſſimus auctor; ita vt nihil obligationis acquirat metum incutiens, nihilque iuris accipiat ſine cauſſa legitima. Quod in errorem rapit extra orbitam vagantes, hoc eſt. Conſiderant illi vocem *conſenſus* grammatice, & in-

interea ſenſum iuridicum ſecuri præteruehuntur: rati, velle Caium prædonem ſtipulantem, ac velle quoque Sempronium ex metu reſpondentem: itaque amplius nihil requiri ad conſenſum integrum. Quod quanquam ſecundum litteram verum; tamen falſum id eſt ſecundum iuris diuini limpidiorem cognitionem, quod non patitur, vt is aliquid acquirat iuris, qui ius ſpernit, & pedibus ferociter conculcat, nec cauſſam habet iuſtificam vllam, quare vi, metu, malo in eam neceſſitatem adducat ſocium, aut ſaltem ſibi æqualem, vt det, promittatue. Quocirca verba ſunt ac mera putamina, ſub quibus male ſana latitant ſophiſmata, ambiguitates & exerrationes. Quid enim hoc eſt, ſi non mere nugatorium eſt? Lex, inquiunt, cauſſa *remota eſt*, contractus cauſſa *proxima;* hinc labi omnes, qui lege creari obligationes & contractus ex nihilo credant. Scilicet talium mercium & diſtinctionum venditores iſti ſunt, qui varias inter intemperias tam leuia excogitant. Thomaſii (*) quem oppugnant, ſententia eſt: etſi daretur, in conuentionibus metu extortis inueniri pacta; non hæc tamen per ſe obligare, ſed a lege diuina eorum vim primariam venire, vt quæ iuberet pacta ſeruanda: & hac vero in ſpecie, vbi vis interuenit, ac metus, ſine temeritate id adſeuerari non poſſe; iubere igitur DEVM, vt ne eius generis ſeruetur pactum, aut delinquens ex illo aliquid commodi ferat. Nemo non intelligit, cauillari Groſippum, dum ſic creari contractus infert. Verſamur hic in regno rationis, vbi intelle-

ctu

(*) Iuriſpr. diu. *Lib. II. c.* 7. §. 63.

ctu percipiunt omnes, homines affirmare, negare, his illiſue conſentire, ab alteris diſſentire, ac paciſci demum, ſeu contrahere: ſed obſeruant ſimul, ex contractu nullo naſci obligationem ſolidam, niſi ille legi diuinæ congruat; cauſſam remotam dicas, an alia illam ratione circumſcribas. Vt enim in conſcientia obſtringamur ad ſeruanda promiſſa, Dei iuſſio efficit, quamuis verba hominum conſenſum exprimentia, aut facta eundem indicantia proxime interueniant, iſtaque nemo ſapiens excludat. At finge, me nolle promiſſis pactiſue ſtare: quo argumento, rogo te, me compelles, ne fidem datam infringam. Si pacta ſtatuas ſeruanda, nego; ſimulatque probationem adſertionis tuæ exigo. Iam ergo proba. Et nullum tibi præſidium ſupererit, ni dicas, Deum id præcipere, inque eos animaduerſurum grauiter, qui perfidia ſua hominum perturbent ſocietatem atque odiis, iris, aliiſque ſceleribus aperiant feneſtram. Ac puto, te nunc demum intellecturum, pacta obligare homines interueniente, vel, vti tu loqui amas, *mediante* lege; quæ ſi refragetur, nemo ſane mortalium obligabitur; etſi grammatice partes conſenſerint centies; neque e contrario ius obligationemque inde acquiret vllus. Mirum eſt, eos, qui alias leguleiorum ſectæ ſeſe addixere, non agnoſcere, totam obligationis vim vaneſcere, ſi obſiſtat lex ciuilis: quanquam perfectus dicitur contractus, quanquam mulier fideiuſſit, quanquam hæreditati renunciatum, aut de illa acquirenda ſolenniter conuentum. Ac ſi vero tantæ efficaciæ eſt lex ciuilis; legi certe naturali minor adtribui virtus nequit, Igi-

 tur

tur parum proderit gartulis, ſi proximam cauſſam obligationis conſenſum paciſcentium dictitent, vbi in contrarium præcipit, aut prohibet ſupremum Numen, ne quis ſodalem per vim, turbulente, & per furorem malitioſe cogat; immo eo ipſo omnis obligationis acquiſitio, ſeu ius acceptandi perimitur. Quæ inſperguntur in contrarium, ad ſcopum non pertinent. Miſera quippe argumentatio eſt: conſiſtere iure ciuili nihilominus quaſdam obligationes, etſi contra leges coagmententur; nec matrimonia diſſolui, aut nullius firmitatis eſſe; quamuis liberi ſine Parentum conſenſu nuptias feſtinent. Multa enim ex aliis cauſſis ac viſionibus tolerant legiſlatores humani, quæ ſecundum rigorem ſine robore forent. Deum autem in tam atroci ſcelere conniuere & nihilominus latroni ius obligationem acquirendi largiri, quod in ſtatu naturæ ſtabilitatem vel momento conſequeretur, inconcinnium videtur atque omnino abſurdum: præſertim, dum metu adactus promiſſum implere renuit, aut datum repetit. Aliud vero thema eſt, an ob certas rationes Romani potuerint tantiſper ſuſtinere, ac dein demum negotium totum abolere? Tum enim in effectu quidem parum intererit; ſed omnes tamen ratione pollentes adfirmabunt indubie, eos longa circumitione præter neceſſitatem vſos id aboleuiſſe, aut *reſcidiſſe* perperam, quod non fuit. Quæ veritas Antonio Schultingio ICto ac rerum Romanarum grauiſſimo interpreti ingenuam hancce confeſſionem (*) expreſſit: *Iure naturali ei*

(*) Ad ff. quod metus cauſſa geſtum §. V.

*ei, qui vim metumque alteri illicite intulit, non videtur verum aliquod ius adquiri, cum hic aliquis conſenſerit, non quia voluit, ſed quia coactus eſt & debuit: ac ſi vera & libera voluntas defuerit: & a parte eius, qui metum intulit, deſit iuſta obligationis adquirendæ cauſſa: quæ ſententia eſt etiam Viri præclari, Sam. Puffendorffii* de iure natur. & gent. Lib. III. cap. 6. §. 10. & Lib. IV. cap. 2. §. 8. *ad quem videri poteſt Cl. Barbeyrac. Ac etiam longe hoc eſt ſimplicius, quam ſi dicamus, ius inde naſci: verum eum qui metum aut vim intulit, læſo teneri ad reſtitutionem damni iniuria dati; quod putauit Vir ſummus, H. Grotius* de iur. bell. ac pac. Lib. II. cap. 2. §. 7.

## §. XXXVI.

Iſtud vero cantherinum prorſus ſomnium eſt: ſic omnes actiones futuras datiuas, ſi legi tribuatur primaria obligationis producendæ vis. Quis enim legi in ſpecie tribuit obligationis procreationem? Pangant homines, conſentiant in vnum placitum, contrahant: ſunt enim συναλλάγματα hominum, non Dei, ciuium, non legiſlatorum. At contrahant legi conuenienter: alioquin non contrahunt, non conſentiunt, non acceptant, nihil iuris acquirunt: ſicuti latro nihil ex furore ac ſcelere ſuo compendii nanciſcitur. Is cui vis illata, ne momento quidem fuit obligatus, non, ſi ſacramento ſeſe obſtrinxiſſet, non, ſi mancipio & nexu res ſuas omnes tradidiſſet. Hoc, Groſippe, attento animo debuiſſes rimari, antequam ſophiſtico ac temerario ſtrepitu *Moraliſtas*, ceu tu eos appellas, adorirere, quorum doctrinas non intelligis, ſed in gloſſarum ac definitionum vulga-

 rium

rium ſyllabis numerandis conſenuiſti, nouum adoleſcentibus vendens farcimen, conciſis adipibus, comminutis pulmonibus, carnibus putrefactis, ac, neſcio, quibus aliis rebus nauci, commiſtum refertumque: quo ſi veſcantur, haud dubie eorum turbabitur venter, quia difficile digeſtu, nec, niſi longo ieiunio, aut ambulatione peruigilioque vincendum conterendumue. Nos a te doceri non cupimus: res tuas tibi habeto: modo teneas & noſtros ſcire, actiones naſci, nec ex nihilo per legem creari: quamuis prohibente lege nihil naſcatur iuris, ſed demum illa permittente, aut iubente pro re nata obligationes oriantur & acquirantur, accedente hominum artificio, aut iuſto contrahentium conſenſu.

§. XXXVII.

Quæ donec cum cura animo reuoluas, ceteris quoque in tranſcurſu reſpondemus, qui in contractibus ſtricti iuris ſaltem, quibus dolus cauſſam dedit, actionem ſubſidiarium doli adhuc neceſſariam exiſtimant. Hærent enim & illi eodem in luto, quando in foris noſtris differentiam contractuum ſtricti iuris & bonæ fidei vigere perſuaſum habent: cum interea ad nauſeam vſque oſtenderimus, bona fide omnia pacta ſua contractusque adornare Germanos, nec in futurum emergentia a iudicis rationabili arbitrio excludere. Statue igitur, Curatorem tranſegiſſe cum Pomponio maiori XXV. annis; totamque actionum adminiſtratæ curæ in Aquilianam ſtipulationem deductam acceptilatione extinxiſſe; cui interea dolus curatoris cauſſam dedit. Quæſtio naſcitur, qua actione, quod ſibi deeſt, conſequi queat Pom-

Pomponius, præſertim cum actio curatelæ videretur extincta? Species hæc *in l. 4. C. de tranſactionibus* extat, mirumque non eſt, actionem doli ſubſidiariam ab Imperatore Alexandro roganti *Numidio* commendari: at noſtris Doctoribus vitio merito vertitur, quod eadem hodienum lyra oberrantes de actione doli ſub ſidiaria in contractibus ſtricti iuris tam incondita effutiunt. Tota ſtipulatio aquiliana, & eam conſequens acceptilatio ne quidem pili fit: actioque curatelæ nullo modo eſt extincta. Nihil enim remittit, cui dolus obiecit glaucoma. Romani aliter: ſed Teutones illo prætorio non indigent auxilio: totum negotium pro nullo habetur; inque fumum abit tranſactio, cui innititur doloſus curator. Iſtud autem valde peruulgatum & nullius eruditionis videtur, ciues noſtros nunc vti iure Romano, & a prima ſimplicitate rationis deſciuiſſe. Quando enim deſciuere? Quis vtitur apud nos Aquilonia ſtipulatione? quis acceptilatione ſolenni priſtinam obligationem exſtinguit? Id ipſimet fatentur, pacto hodie, vt olim ſtipulatione, omnem obligationem diſſolui, verbis, an alio modo fuerit contracta. Et tamen pactum hoc eſſe ſtricti iuris illiberaliter decernunt. Quid? quod facias, eſſe fungos, qui peregrinis Aquilaniæ ſtipulationis inſtrumentis tranſmutarent obligationem ex conſenſu in verbalem, hancque dein acceptilatione delerent; non haberet tamen tota hæc machina plus roboris, quam pactum ſimplex, quod dolum non patitur, ac ſtrophas, fucoſque omnes excludit. Et quis vero contrahentium demum in Germania de Aquiliana ſti-



Digitized by Google

pulatione cogitat, aut ſibi perſuadet vnquam, ſtipulationem, vel acceptilationem firmioribus fulcris ſuſtineri, quam pactum? Noli obloquaris, perinde interea videri, nullum dicatur negotium, an actione doli reſcindatur? Qui enim talia deblaterat, in iuris diſciplina exiguos feciſſe progreſſus videtur. Doli actio Romana multa habet ſingularia. Eſt odioſa, durat biennium, eſt & exceptio doli tempeſtiue obiicienda. De his nihil reſciuere Teutones: durat illa tam diu, quam actiones in perſonam ceteræ; quamlibet mihi incognitum non ſit, quam perperam hac etiam in cauſſa ICti de triuio ſudent omni philoſophia deſtituti. Quod ſi enim ea forent imbuti, totamque doctrinam de dolo malo ad rationis decempedam exegiſſent diligentius, deprehendiſſet certe, nihil inficetius poſſe cogitari, quam eum vllo minimo momento cum firmitudine obſtringi, qui fraude ac technis ad paciſcendum contrahendumue eſt traductus. Quin nec ipſi Romani tam illepide vnquam rationes ſubduxiſſent, niſi verbis inhæſiſſent tam anxie, vt lubentius aliquid tolerarent militiæ, quam negligerent τὸ ῥητὸν, ac ſemel, vtut turbulente, ſtabilitas ſententias: donec demum actionem doli inueniret Aquilius malitiarum omnium euerriculum. Sed hoc euerriculo noſtri profecto non egent; qui hac parte in ſimplicitate naturali acquieuere, nec conditionem ſuam deteriorem fecere vnquam. Quocirca in deterius mutant omnia; qui habitum Romanum ciuibus ſuis circumdant, atque interea magnopere ſibi gratulantur, quando inueniunt Doctorem actionem doli ſubſidiari-

am

Digitized by Google

am ſua auctoritate ſtabilientem, decretaque ſua cum ſupercilio iactantem. Nos aliter pronuntiamus; nec dubium, quin, ſi rationibus certetur, & ſapientiores audiantur, tandem aliquando illa futilis Pragmaticorum opinio foro ſit ceſſura.

## §. XXXVIII.

Plura non addo; ſed ad finem diſſertationis propero; modo oſtenderim prius, nec cambium hodie ad ſtricti iuris contractus referendum, nec actiones inde oriundas: quanquam ſunt, qui ſic arguant. Primo enim tanquam certiſſimum ſummo, non eſſe collybiſticum, ſeu cambiale negotium Romano mori prorſus conueniens; deinde ſi forte *cambium manuale*, ſeu minutum ad contractum do vt des referri poſſet, conſtare puto, permutationem fuiſſe contractum bonæ fidei, aut ſicut Paulus ICtus rem exprimit, numero habendi commodo muniti, iterum patebit, iudices noſtros non ſic eſſe adſtrictos, vt, quæ debitor creditori, aut creditor viciſſim debitori ex poſt facto & alia cauſſa præſtare debent, negligere cogantur. Quin ſi in mora fuerit debitor, in vſuras notiſſimo iure condemnatur: nulla licet earum mentio in litteris facta. In locali cambio vero, quam laxa ſit iudicis poteſtas, illi vix dubitant, qui aberrationes actorum & aduocatorum celeritatem litis impedientes iure eum & ex officio

Digitized by Google

nis, dummodo nec retardetur citius litis ordo, atque in reconuentione eædem latius deducantur. Quæ omnia ſecus erant in ſtrictis Romanorum.

## §. XXXIX.

Vnde concluditur demum, vaniſſime iactari vſum actionum bonæ fidei & ſtricti iuris, cumque quidam pragmatici ad præiudicia prouocant, aliud nequicquam probant, quam dari pragmaticos nonnullos patrii ac Romani iuris inſcios, quibus cum ægrotare nolunt Hallenſes, virique alii celeberrimi, qui iam dudum iſtas Romani fori corruptelas contempſere: probe gnari, non aliter apud Germanos diiudicari contractus, quam pacta, quæ ſicuti omnia ſunt bonæ fidei; ita actiones inde fluentes alterius commatis eſſe neutiquam poſſe. Hæc breuibus: nec enim licuit tam denſam exſcindere errorum ſyluam, quæ tot Practicorum occupat volumina. Tu vero qui reſipiſcis, credo dextram, vt ſocii ſimus & coniunctim adoriamur veterum ineptiarum ſcrutarios, donec & hi nobiſcum in gratiam redeant cumque Plauto exclamemus vniuerſi: *Babæ, Tatæ, Papæ, Pax!*

TANTVM EST.

DOCTIS-

DOCTISSIMO

*CANDIDATO*

PRAESES.

S.

E*Tſi merita tua plus valent, quam commendatio mea;*

Digitized by Google

*me meiſque operis collocaſti ſemper, vt ne officio meo eo potiſſimum tempore deſim, quo TIBI gratulantur omnes, TVAMque diligentiam, ac profectus in litteris ſingulares mirifice extollunt. Et fateor, nullum me fere diſcipulum habuiſſe, qui maiori animi attentione auſcultauerit dictis, omniumque doctrinarum tam ſtudioſus fuiſſet, quam TV, CANDIDATE digniſſime, qui nunc cathedram conſcendis, &, quid traxeris, quidque fideliter perceperis, publice*

Digitized by Google

*blice oſtendis. Eſt enim hic laborum noſtrorum finis, non, vt domi ſedeamus perpetuo, ſed cum omnia ſunt peracta, & ad maturitatem cognitio, quam quærimus, perducta, prodeamus foras, teſteſque adſciſcamus, qui intelligant, nec iudices reformidemus talium rerum peritos. Et quare vero TV reformides iudicia primariorum hominum, quos noſtra alit Academia, TVIque æqualium timeas cenſuram, qui ſuauitatem ingenii TVI, & e[illegible]ditionem nun-*

Digitized by Google

*quam non fecere magni? Sed cerno iam animo, TE multo vberiorem atque ornatiorem compariturum, quam poteſt dici. Quod quantæ mihi conſolationi ſit, haud vereor profiteri, & ad TE ſcribere, quem a primo aduentu in noſtram Fridericianam oculis meis ſignaui, quod teneriori & pacatiori animo mihi videbare, quam multi alii, quos noſtris interfuiſſe Muſis recordor. Vnde nihil magis opto, quam vt omnia contingant TIBI vt vehementer volo. Et ſunt*

*vero*

Digitized by Google

*vero res TVAE iam eum in locum adductæ, vt frui aliquantum honeſto otio poſſis, donec TE vocet res publica, & adiutorem rerum bene gerendarum poſcat, TVAque conditio melior reddatur. Ceterum ita ſtatutum habeas, me TVI memoriam cum ſumma beneuolentia tenere, TVAMque fortunam non minori mihi curæ, quam meam eſſe. Quod TVIS renuncies rogo; ſcribaſque ad me frequenter; quid agas, & vbi futurus ſis, vt omne meum ſtudium TIBI*

Digitized by Google

*quamquam abſenti, deſtinatum addictumque ſæpius intelligas. Vale & ad patrios focos feliciter redi. Halæ Magdeburgicæ ipſis Kalendis Octobris* cIↄIↄcc xxiv.

A 61147 1.688

Digitized by Google